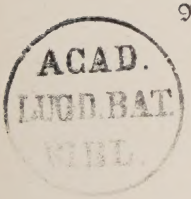
Die Vergütung des Handlungsgehülfen nach dem Handelsgesetzbuche.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde bei der
Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Rüdiger,
Rechtsanwalt in Leipzig.



Leipzig.
Druck von Ramm & Seemann.
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545812_0017

Seinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Die Vergütung des Handlungsgehülfen im allgemeinen.

1. Begriff der Vergütung und Form der Vereinbarung 9
2. Die Vergütung bei außerordentlicher Kündigung und Annahmeverzug des Prinzipals 15
3. Die Vergütung bei Dienstverhinderung durch unverschuldetes Unglück (§ 63 HGB.) 23
4. Die Vergütung bei vorübergehender Verhinderung (§ 616 HGB.) 28

Anhang: § 63 Abs. 2. S. 2 HGB. 32

II. Die besonderen Arten der Vergütung des Handlungsgehülfen.

A. Allgemeines 36
B. 1. Gehalt 37
2. Provision 41
3. Tantieme 55
4. Gratifikation 59
5. Spesen 61

III. Pfändbarkeit der Vergütung und Verfügungsrecht des Handlungsgehülfen über dieselbe 66

IV. Das Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehülfen wegen fälliger Vergütung 74

V. Die Verjährung des Anspruchs auf die Vergütung 77

Anhang: Die Vergütung des Handlungsgehülfen im Konkurse des Prinzipals 79

Literaturverzeichnis und Abkürzungen.

Albrecht-Tentler, Das Recht des Agenten nach deutschem Handelsrechte.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Rechte. Freiburg 1897.

D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Hamm, Berlin.

Dove-Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin. Berlin 1900. Carl Heymanns Verlag.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, erläutert von Düringer, Hachenburg, Geiler und Hoeniger. I. Bd. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Fuld, Das Recht des Handlungsgehülfen. Hannover 1897.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gew.-G. = Das Gewerbegericht, Mitteilungen des Verbandes deutscher Gewerbegerichte. Herausgegeben v. Jastrow, v. Schulz u. Flesch.

Gew.- u. Kfm. G. = Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht. Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Fortsetzung des Gew.-G.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. I. Bd. Berlin 1901.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Verlag von Franz Vahlen, Berlin.

Holdheims M.-Schr. = Monatsschrift für Handelsrecht. Carl Heymanns Verlag, Berlin.

Horrwitz, Das Recht des Handlungsgehülfen. 2. Aufl. Berlin 1905.

Jacusiel, Das Recht des Agenten. Heft I. Berlin.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.

Immerwahr, Das Recht des Handlungsagenten. Breslau 1900.

J. W. = Juristische Wochenschrift.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 2. Band. München 1907.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. I. Band. Berlin 1902.

L. Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. München 1907 ff.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. I. Band. Leipzig 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. I. Band. Berlin 1906.

Melzer, Die Kündigung des Handlungsgehülfenvertrags. Leipzig 1906.

Meyer, Das Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen. 3. Aufl. Berlin 1908.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Pilz, Der Prinzipal und seine Angestellten. Leipzig 1898.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin. 2. Band. 3. Aufl. 1907.

Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel, Hannover.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht.

ROLG. = Rechtsprechung des OLG. Herausgegeben von Falkmann u. Mugdan, Leipzig.

Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. Gutachten der Handelskammer in Breslau. Breslau 1900. Neue Folge 1906.

Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Sächsisches Archiv für Deutsches bürgerliches Recht. Verlag von Roßberg, Leipzig; ab 1906 genannt Sächsisches Archiv für Rechtspflege.

Schilling, Der Provisionanspruch nach dem Handelsgesetzbuche. Leipzig 1904.

v. Schulz, Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin. I. Band. Herausgegeben von Max von Schulz etc. Berlin 1908.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Stuttgart 1903.

Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung. Berlin 1902.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München und Leipzig.

Soz. Pr. = Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik. Herausgegeben von Jastrow.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Bearbeitet von König, Stranz und Pinner. 1. Band. 8. Aufl. Berlin 1906.

I.

Die Vergütung des Handlungsgehülfen im allgemeinen.

1. Der Begriff der Vergütung und Form der Vereinbarung.

Unter der Vergütung des Handlungsgehülfen versteht man das Entgelt,[1]) das der Prinzipal dem Handlungsgehülfen für die ihm geleisteten Dienste zu geben hat. Die Höhe dieses Entgeltes und die Art, in der es zu leisten ist, wird meist vereinbart. Ist eine Vergütung nicht vereinbart, so gilt sie nach § 612 BGB. als stillschweigend vereinbart, wenn nicht zum Ausdruck gebracht ist, daß der Dienstverpflichtete als Volontär in das Geschäft eintreten soll und will, da sonst die Dienstleistung in derartigen Fällen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.[2])

Mangels Vereinbarung ist die ortsgebräuchliche[3]) und mangels eines Ortsgebrauches ist eine angemessene Vergütung zu gewähren (§ 59 HGB.).

Das Recht, hinsichtlich der Art und der Höhe der Vergütung Vereinbarungen zu treffen, ist in keiner Weise beschränkt, es besteht mit Ausnahme der Bestimmungen in § 64 und § 63 Abs. 2 HGB., die später noch zu erörtern sind, volle Form- und Vertragsfreiheit.

---

[1]) Es ist Lotmar S. 135 flg. recht zu geben, daß bei der Definition des Begriffes „Vergütung" besser der Ausdruck „Entschädigung" vermieden wird, da es sich hier um keinen Schadenersatzanspruch handelt.

[2]) Wie sich aus § 59 HGB. ergibt, ist nur derjenige ein Handlungsgehülfe, der gegen Vergütung angestellt ist. Ein Volontär ist kein Handlungsgehülfe.

[3]) Unter Ortsgebrauch ist nicht etwa ein lokales Gewohnheitsrecht zu verstehen

Insbesondere sind im HGB. keine zwingenden Vorschriften dahin gegeben, daß die Vergütung in bar gewährt werden müßte. Das Gegenteil kann nicht etwa aus § 64 HGB. geschlossen werden. Dieser Paragraph will, wie später noch darzulegen ist, lediglich den Zeitpunkt der Entrichtung der Vergütung festlegen und nur insoweit die Vertragsfreiheit einschränken. Die für die gewerblichen Arbeiter in §§ 115 bis 119 b der Gew. O. getroffenen Bestimmungen, das Verbot des sogen. Truckſystems gelten für den Handlungsgehülfen nicht.[4])

Die Vergütung ist, falls nichts Gegenteiliges vereinbart ist, nach § 269 BGB. am Orte der Niederlassung des Prinzipals zu leisten. Sie kann in Geld oder in Waren oder Unterhalt bestehen. Auch ist Hingabe an Zahlungsstatt,[5]) z. B. Abtretung einer Forderung an Zahlungsstatt nicht verboten. Die Aufrechnung ist allerdings, wie später darzulegen ist, beschränkt.

Die Vereinbarung der Vergütung erfolgt meist im Anstellungsvertrage. Dieser Vertrag ist nach dem Prinzip des modernen Rechts, daß ein Vertrag nur dann einer Form bedarf, wenn es ausdrücklich

---

sondern nur Gewohnheiten und Gebräuche, die in dem betr. Orte der Handelsniederlassung bestehen, es ist gleichbedeutend mit Ortsüblichkeit (s. Düringer-Hachenburg zu S. 404, Lehmann S. 51, anders Laband in Z. f. d. g. H. R. Bd. 17, S. 504 flg. und R. G. Bd. 3, S. 150.) Dabei ist streng zu betonen, daß nur die in dem betr. Orte bestehenden Handelsgebräuche Anwendung finden. § 346 HGB., der bestimmt, daß unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, findet keine Anwendung, da dieser Paragraph nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften Platz greift und die Anstellung eines Handlungsgehülfen mit der höchst seltenen Ausnahme, daß der Handlungsgehülfe gleichzeitig selbständiger Kaufmann ist und bleibt, ein einseitiges Handelsgeschäft ist. Demnach sind für diese Frage Handelsbräuche, die sich in Berlin ausbilden, für Leipzig nicht maßgebend. (s. Lehmann S. 193, Anm. 4.)

Es wird dies deswegen hervorgehoben, weil fast alle Kommentare, auch Staub und Düringer-Hachenburg häufig zur Begründung ihrer Ansicht in Parenthese Gutachten über derartige Gebräuche zitieren und dies leicht zu Verwechslungen führen könnte.

[4]) Goldmann zu § 59, Anm. 3 I 1, Staub zu § 59, Anm. 33.

[5]) Staub zu § 64, Anm. 5.

bestimmt ist, mangels einer solchen Formvorschrift vollkommen formfrei.[6]) Auch konkludente Handlung würde genügen. So würde ein Anstellungsvertrag vorliegen, wenn ein Lehrling nach dem Ablaufe der Lehrzeit im Geschäfte mit Wissen des Prinzipals weiter tätig bleibt oder jemand ohne ausdrückliche Vereinbarung, aber mit Einwilligung des Prinzipals kaufmännische Dienste im Geschäfte verrichtet.

In diesen Fällen erhält der Handlungsgehülfe dann als Vergütung das ortsübliche oder angemessene Entgelt.

Inwieweit eine Vereinbarung über die Vergütung vorliegt oder nicht, ist Auslegungsfrage. Man wird da in jedem einzelnen Falle den Willen der Parteien zu erforschen haben. Es ist Goldmann[7]) recht zu geben, daß Staub[8]) zu weit geht, wenn er allgemein behauptet, daß die Vereinbarung bestimmt und deutlich sein müsse, anderenfalls sie als solche nicht zu gelten habe.

Bei dieser Streitfrage handelt es sich hauptsächlich um Auslegung von zugesicherten Gehaltserhöhungen. An sich hat der Handlungsgehülfe mangels einer besonderen Zusicherung und mangels eines Ortsgebrauchs keinen Anspruch hierauf. Sind dahingehende Zusicherungen gegeben, so hat man m. E. bei der Prüfung der Giltigkeit dieser Zusicherungen folgendes zu erwägen:

Es ist zu unterscheiden, ob nach der Zusicherung die Erhöhung in die Willkür des Prinzipals gestellt sein soll. Dann liegt ein klagbarer Anspruch nicht vor. So z. B. die Zusicherung des Prinzipals, eine Gehaltserhöhung sei nicht ausgeschlossen, er werde sich hinsichtlich des Gehalts anständig, entgegenkommend zeigen und dergl. mehr. Aus derartigem unbestimmten Inaussichtstellen von Gehaltserhöhung erlangt der Handlungsgehülfe kein Recht. Wird dagegen die Zusicherung gegeben, „bei Prosperieren des Geschäfts" zuzulegen, so erwächst dem Handlungsgehülfen hieraus m. E. ein klagbarer Anspruch, wenn der Geschäftsgang tatsächlich ein dauernd

---

[6]) Lehmann S. 193, Sigel S. 29
[7]) Zu § 59, Anm. 3 A. I 1.
[8]) Zu § 59, Anm. 33.

guter ist.[9]) Inwiefern diese Zusicherung zu unbestimmt sein soll, ist nicht einzusehen. Es ist eine Gehaltserhöhung unter einer Bedingung fest zugesagt. Bei Eintritt der Bedingung ist die Zulage demnach zu zahlen.

Die Höhe der Zulage ist, da es sich um eine Leistung handelt, die von einem der Vertragschließenden bestimmt werden soll, nach § 315 BGB. nach billigem Ermessen zu bestimmen. Die Bestimmung steht, wie sich aus der Natur des Dienstverhältnisses ergibt, dem Prinzipal zu.[10]) Der Handlungsgehülfe kann dem Prinzipal demnach nach § 315 BGB. zur Bestimmung der Leistung eine Frist setzen. Trifft der Prinzipal keine Bestimmung oder ist die Bestimmung unbillig, so wird sie durch Urteil getroffen.[11])

Ebenso sind Äußerungen wie „bei dauernder Zufriedenheit", „sobald sich der Handlungsgehülfe nach dem Wunsche des Prinzipals eingerichtet hat" u. dergl. aufzufassen, obwohl der Eintritt der Bedingung hier nicht von einer reinen Tatsache, sondern von einem subjektiven Momente abhängig ist. Immerhin ist die Leistung dadurch nicht in das freie Belieben des Prinzipals gestellt. Allerdings wird in diesen Fällen der Eintritt der Bedingung schwer zu beweisen sein, läßt sich aber doch evtl. durch Äußerungen des Prinzipals feststellen.

Die Gegner dieser Ansicht stützen sich lediglich auf eine alte Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts,[12]) übersehen aber dabei,

---

[9]) Anderer Ansicht Staub a. a. O., Düringer-Hachenburg zu § 59, Anm. 24, Pilz S. 48.

[10]) Mit Rücksicht hierauf findet § 316 BGB., der bestimmt, daß „im Zweifel" derjenige die Höhe der Leistung zu bestimmen hat, der sie zu fordern hat, nach dem also der Handlungsgehülfe das Recht haben würde, die Höhe zu bestimmen, keine Anwendung. Es würde dies der Natur des Dienstverhältnisses widersprechen. Anders Goldmann a. a. O., Planck S. 131, Sigel S. 96.

[11]) M. E. muß man, wie oben dargelegt, auf § 31 BGB. zukommen und kann nicht sagen, daß für die Erhöhung des Gehalts § 59 HGB. analog anzuwenden und demnach eine angemessene Erhöhung zu zahlen sei, obwohl dies in praxi zu demselben Resultate führen würde. § 59 HGB. will einen gesetzlichen Anspruch auf Vergütung aufstellen und die Höhe dieses Anspruchs fixieren. Einen gesetzlichen Anspruch auf Gehaltserhöhung gibt es aber nicht, demnach kann § 59 HGB. auch über dessen Höhe keine Bestimmung treffen.

[12]) ROHG. 18, 258.

daß, wie Goldmann a. a. O. ausführt, das ROHG. in dieser Entscheidung aus den Nebenumständen, insbesondere aus der vereinbarten kurzen Kündigungsfrist nur für diesen Einzelfall zu jenem Erkenntnis gelangt ist.

Bei der nach den obigen Ausführungen geltenden vollkommenen Vertragsfreiheit läuft der Handlungsgehülfe leicht Gefahr, von gewissenlosen Prinzipalen ausgebeutet zu werden, insbesondere derart, daß er gegen sogen. „Hungerlöhne" angestellt wird.

Hiergegen schützt den Handlungsgehülfen der § 138 BGB. Nach Abs. 2 dieses Paragraphen ist ein Rechtsgeschäft dann nichtig, wenn sich jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.

Obwohl Lotmar[13]) und Sigel[14]) nur diese Bestimmung zum Schutze des Handlungsgehülfen anführen, wird die Nichtigkeit des Vertrags in der Praxis kaum auf diese Bestimmung gestützt werden, da der Handlungsgehülfe hier zu viele Voraussetzungen (Notlage, Ausbeutung u. dergl.) zu beweisen hat.

Weitergehend ist der Schutz, den Abs. 1 desselben Paragraphen dem Handlungsgehülfen gewährt.

Hiernach sind die Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen die guten Sitten verstoßen. Doch darf man den Begriff „gegen die guten Sitten verstoßend" nicht, wie die Kaufmannsgerichte dies häufig getan haben, unter Außerachtlassung der tatsächlich herrschenden Zustände und Ansichten dahin auslegen, daß man diesen Paragraphen, ausgehend von einem falschen Humanitätsgefühl, dazu benutzt, dem Handlungsgehülfen auf Kosten des Prinzipals ein wirtschaftlich unabhängiges Dasein zu verschaffen. Verschiedene Kaufmannsgerichte gehen bei Auslegung des § 138, Abs. 1 BGB., ohne auf die näheren Umstände einzugehen, davon aus, daß der Handlungsgehülfe unbedingt soviel

[13]) S. 120 flg.
[14]) S. 49 flg.

erhalten muß, daß er notdürftig leben kann.[15]) Wäre dies richtig, müßten namentlich in den großen Warenhäusern die Dienstverträge der meisten Angestellten, vor allem der weiblichen Angestellten, nichtig sein. Wenn ein junges Mädchen, das soeben angetreten ist, das also noch nicht viel leisten kann, monatlich 30 M. erhält, so kann sie davon zwar nicht einmal notdürftig leben, aber nichtig ist der Vertrag keineswegs. Ebenso kann man nicht verlangen, daß der Prinzipal einem Handlungsgehülfen, der wegen seiner Unfähigkeit nur ganz untergeordnete Arbeiten verrichten kann, ein auskömmliches Gehalt zahlt. Man darf auch hier im Schutze des sozial Schwächeren nicht zu weit gehen.

Als gute Sitte im Sinne des § 138, Abs. 1 ist vielmehr das anzusehen, was im Rechts- und Geschäftsverkehr als gute Sitte gilt und tatsächlich als solche regelmäßig geübt wird. Dabei ist die Gesamtheit der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Verhältnisse von dem besonderen Standpunkte der Vertragsschließenden unter Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse, Motive und Zwecke in Betracht zu ziehen und nicht lediglich die Frage zu erheben, ob der Handlungsgehülfe mit dem Gehalte auskommen kann.

Zur Nichtigkeit der Gehaltsvereinbarung ist erforderlich, daß der Prinzipal als der wirtschaftlich Stärkere unter Ausnützung der schlechteren Vermögenslage des Handlungsgehülfen diesen mehr oder weniger seiner Willkür unterworfen hat.[16])

Wenn die Vereinbarung im einzelnen Falle wegen Unsittlichkeit nichtig ist, ist dies nicht nur diese Vereinbarung über die Vergütung, sondern der ganze Anstellungsvertrag, da nicht anzunehmen ist, daß der übrige Vertragsinhalt auch ohne den nichtigen Teil gewollt sein würde. (§ 139 BGB).[17]) Demnach kann der Handlungsgehülfe dann einen vertraglichen Anspruch nicht erheben, er kann nicht nach § 59 BGB. die ortsübliche bezw. angemessene Vergütung fordern. Auch

[15]) So Kfm. G. in v. Schulz I, S. 264, Nr. 97.

[16]) RG. in J. W. 04, S. 481, 06, S. 456.

[17]) Horrwitz S. 67, Sigel S. 48, Lotmar S. 172. Dasselbe meinen wohl Düringer-Hachenburg zu § 59, Anm. 25, obwohl sie dort sagen, daß dann die „Vereinbarung" nichtig sei.

kann er im Falle des § 138, Abs. 1 BGB. nicht Schadenersatz aus unerlaubter Handlung beanspruchen. Ein Fall des § 823, Abs. 1 liegt nicht vor, da nicht ein „Recht" im Sinne dieses Paragraphen verletzt ist. Auch § 823, Abs. 2 BGB. greift nicht ein, da § 138, Abs. 1 nicht ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist. Auch aus § 826 BGB. kann der Handlungsgehülfe einen Anspruch nicht herleiten.[18]) Diese Vorschrift findet schon deswegen keine Anwendung, weil die erforderliche Rechtswidrigkeit fehlt. Die Handlung ist nicht rechtswidrig, weil der Handlungsgehülfe den Vertrag selbst mit geschlossen hat, also einverstanden war (volenti non fit injuria). Der Umstand, daß die Einwilligung nach positiver Gesetzesvorschrift nichtig ist, schafft nur die vertraglichen Folgen aus der Welt, die sich aus dieser Einwilligung ergeben würden. Die Einwilligung gilt, soweit es sich um die Beurteilung des Vertrages handelt, als nicht erfolgt. Dagegen ist diese Bestimmung bei Entscheidung der Frage, ob eine Handlung bei Einwilligung des Verletzten widerrechtlich ist oder nicht, ohne Belang. Hier handelt es sich darum, ob der Eingriff in das betreffende Rechtsgut aus besonderen Umständen trotz der Einwilligung des Verletzten als unstatthaft erscheint.[19]) Dies ist aber nicht der Fall.

Wohl aber kann der Handlungsgehülfe nach § 812 BGB. Nachzahlung des an der angemessenen Vergütung fehlenden Betrags verlangen, denn um diese Differenz ist der Prinzipal ungerechtfertigt bereichert.[20])

2. Die Vergütung bei außerordentlicher Kündigung und Annahmeverzug des Prinzipals.

Im allgemeinen erhält der Handlungsgehülfe die Vergütung für die Zeit, für die er im Interesse des Dienstherrn tätig war.

---

[18]) Anders Staub zu § 59, Anm. 33, Horrwitz a. a. O., Sigel a. a. O.

[19]) Planck S. 977.

[20]) Wenn Horrwitz a. a. O. sagt, der Handlungsgehülfe könne Nachzahlung nach § 612 BGB. verlangen, so handelt es sich wohl nur um einen Druckfehler, denn Horrwitz steht auch auf dem Standpunkte, daß der ganze Vertrag nichtig ist, also ein Vertragsanspruch nicht geltend gemacht werden kann. Horrwitz meint wohl § 812.

Doch ist die Vergütung auch während der kontraktlich zugesagten oder auch ohne ausdrückliche Bestimmung gewährten Urlaubszeit zu zahlen,[1]) es sei denn, daß ausdrücklich etwas anderes bestimmt sei. Man kann mit Horrwitz in der bedingungslosen Gewährung von Urlaub einen Verzicht des Prinzipals auf die vertragsmäßige Gegenleistung des Handlungsgehülfen erblicken.

Dagegen hat der Handlungsgehülfe nicht das Recht, Überstunden bezahlt zu verlangen, es sei denn, daß sie das Maß des Herkömmlichen überschreiten,[2]) ebenso kann er Sonntagsarbeit nicht besonders vergütet verlangen. Sie ist durch die allgemeine Vergütung mit abgegolten.[3])

Wird das Dienstverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Zeit oder auf Grund der Kündigung unter Einhaltung der vereinbarten oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist gelöst, so können Zweifel darüber, für welche Zeit die Vergütung zu zahlen ist, kaum entstehen. Anders ist dies, wenn ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder unter Nichteinhaltung der gesetzlichen oder kontraktlichen Kündigungsfrist gekündigt wird (sogen. außerordentliche Kündigung).

Für diese Fälle trifft das BGB. in § 628 Bestimmungen. Darnach hat der Handlungsgehülfe, wenn entweder er oder der Prinzipal aus einem wichtigen Grunde kündigt, grundsätzlich die Quote zu fordern, die der Dauer seiner Dienstzeit entspricht. Ausnahmsweise kann er dies insoweit nicht,[4]) als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Prinzipal kein Interesse haben, wenn er selbst gekündigt hat, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals dazu veranlaßt zu sein, oder wenn er die Kündigung des Prinzipals durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat (§ 628, Abs. 1, S. 2.).

---

[1]) Horrwitz S. 72, Staub § 59, Anm. 33.

[2]) Horrwitz a. a. O., Düringer-Hachenburg S. 405. Kfm. G. München in R. Arb. Bl. 05, S. 900 und in Gew. u. Kfm. G. 12, 65, Kfm. G. Berlin in v. Schulz S. 254, Nr. 83. a. A. Gew.-G. Magdeburg in Gew.-G. III, S. 68.

[3]) Kfm. G. Berlin in v. Schulz S. 256, Nr. 86.

[4]) Daher ist es nicht ganz richtig, wenn Horrwitz Seite 70 unter Nr. 1 sagt: „in jedem Falle ist die Vergütung für die tatsächlich abgearbeitete Zeit zu zahlen."

Unter vertragswidrigem Verhalten ist hier subjektiv und objektiv rechtswidriges Verhalten, schuldhafte Pflichtverletzung zu verstehen.[5])

Ein Interesse hat der Prinzipal dann an den Leistungen des Handlungsgehülfen nicht, wenn die Dienste für ihn wirtschaftlich nutzlos sind, wenn z. B. der Handlungsgehülfe äußerst schlecht und liederlich gearbeitet oder noch gar nichts geleistet hat, weil er im Geschäft noch nicht orientiert war.

Während der Handlungsgehülfe nach § 628 BGB. unter Umständen geleistete Dienste nicht vergütet erhält, kann er nach § 615 BGB. in gewissen Fällen sogar die Zeit vergütet verlangen, während welcher er nicht gearbeitet hat.

§ 615 BGB. bestimmt, daß dann, wenn der Dienstberechtigte in Verzug kommt, der Verpflichtete (hier der Handlungsgehülfe) für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

Die Voraussetzungen für den Verzug des Prinzipals sind in den §§ 293 bis 299 BGB. geregelt.

Der Annahmeverzug kann sich darin äußern, daß der Dienstberechtigte die erforderlichen Bücher u. dergl. nicht zur Verfügung stellt, den Dienstverpflichteten nicht in die Diensträume eintreten läßt, die erforderlichen Anweisungen nicht gibt usw.

Voraussetzung ist, daß der Handlungsgehülfe seine Dienste tatsächlich anbietet, sich persönlich in der Niederlassung des Prinzipals meldet. Wörtliches Angebot genügt nur, wenn der Prinzipal ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Prinzipals erforderlich ist und diese unterbleibt (z. B. Herstellung von Mustern für den Reisenden). Nach § 293 BGB. ist es belanglos, aus welchen Gründen der Dienstberechtigte die ihm ordnungsgemäß angebotenen Dienste nicht annimmt. Es ist gleichgültig, ob den

[5]) Goldmann S. 342, Staub zu § 70, Anm. 18, Düringer-Hachenburg zu § 70, Anm. 20, OLG. Hamburg in RLG. 8, 255, Staudinger S. 930, Planck S. 585.

Prinzipal äußere Gründe daran hindern oder ob er es kraft freier Entschließung tut. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß ein Verschulden des Prinzipals vorliegt. Auch wenn er durch Eintritt eines Zufalles außerstande ist, die Dienste anzunehmen, hat er nach § 615 BGB. die Vergütung für die ihm angebotenen Dienste zu zahlen, es sei denn, daß ihm nach §§ 70, 72 HGB. das Recht der sofortigen Kündigung zustehe, und er hiervon Gebrauch mache. Damit ist aber nicht gesagt, daß in jedem Falle, in dem der Handlungsgehülfe leistungsbereit und der Prinzipal nicht in der Lage ist, die Dienste anzunehmen, Annahmeverzug vorliegt, wie Goldmann[6]) dies annimmt. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß dann, wenn eine Leistung objektiv unmöglich ist, die Vorschriften über den Annahmeverzug keine Anwendung finden[7]). Wann Unmöglichkeit der Leistung und wann Annahmeverzug vorliegt, ist im einzelnen oft schwer zu unterscheiden, namentlich dann, wenn ein Ereignis nicht direkt in der Person des Dienstberechtigten, sondern in der Sache, an der die Dienste zu leisten sind, eintritt, ein Ereignis, welches die Annahme der Dienste verhindert. Hierher gehören die Fälle, daß eine Fabrik abbrennt, das Haus, in dem das Geschäft liegt, einstürzt u. dergl.

Um diese Frage entscheiden zu können, muß man auf den Dienstvertrag zurückgehen. Wenn das Geschäft abbrennt, in dem der Handlungsgehülfe als Filialleiter angestellt ist, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. Darauf, ob der Handlungsgehülfe die Tätigkeit auch in einem anderen Raume fortsetzen könnte, wie Düringer-Hachenburg[8]) ausführen, kommt es nicht an. Er ist als Filialleiter für dieses bestimmte Geschäft engagiert und hier sind die Dienste objektiv unmöglich. Man muß im allgemeinen mit Planck[9]) davon ausgehen, daß der Handlungsgehülfe von vornherein nur die Arbeit in einer besonderen Form, d. h. unter den z. Zt. des Dienstantrittes bestimmten Voraussetzungen, Arbeit in den bestimmten Räumen usw. verspricht. Es ist auch dem Hand-

[6]) S. 316.
[7]) Planck S. 563, Staudinger S. 889.
[8]) S. 390. [9]) S. 570.

lungsgehülfen nicht gleichgültig, ob er seine Zeit in einem großen, bequem eingerichteten und gesund gelegenen Raume verbringt oder ob er in einer unter dem Dache gelegenen dunklen und ungesunden Stube sitzt.[10])

Dagegen liegt Annahmeverzug vor, wenn der Prinzipal nur subjektiv verhindert ist, die Dienste anzunehmen, wenn er z. B. infolge schlechter Konjunktur den Betrieb einschränkt.

Im Falle des Annahmeverzugs muß sich der Handlungsgehülfe nach § 615 S. 2 BGB. den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Als Erwerb durch anderweite Verwendung der Dienste ist alles das anzusehen, was der Handlungsgehülfe während der sonst durch seine Dienste in Anspruch genommenen Zeit erwirbt, auch wenn die Tätigkeit auf einem ganz anderen Gebiete liegt, nicht aber, wenn dieser Erwerb aus einer Nebenbeschäftigung erzielt wird, die er nebenbei, etwa in den Abendstunden, hätte ausführen können.[11])

Aus dem Wortlaute des Gesetzes sind teilweise falsche Schlüsse gezogen worden. So sagt das OLG. Karlsruhe[12]): „Wenn jemand ein selbständiges Geschäft begründe, habe er nicht durch Dienste, sondern durch die ganz ungleichartige und mit einem erheblichen Risiko verbundene Gründung eines eigenen Geschäfts einen Erwerb gemacht, er brauche sich diesen Erwerb demnach nicht anrechnen zu lassen". Das ist unrichtig. Wie Degen[13]) nachweist, beruht zum mindesten ein Teil dieses Erwerbs auch auf einer Dienstleistung, allerdings einer solchen, die der Handlungsgehülfe sich selbst geleistet hat.

---

[10]) Ähnlich Crome S. 184 f. Im Ergebnisse ebenso Staub zu § 63, Anm. 8, allerdings mit der falschen Begründung „wenn keinen Teil eine Schuld trifft, liegt Unmöglichkeit einer Leistung vor."

[11]) Düringer-Hachenburg S. 199, RG. in JW. 03, Beil. S. 99, RG. Bd. 58, S. 404, Staudinger S. 891.

[12]) in DJZ. V, S. 364.

[13]) Sächs. Arch. I, S. 73.

Meines Erachtens ist aber auch die Auslegung, die Degen dem § 615 S. 2 BGB. gibt, nicht dem Sinn der Vorschrift entsprechend. Degen will den Unternehmergewinn ausscheiden, erklärt nur das für anrechnungsfähig, was der Handlungsgehülfe seinerseits für einen Gehülfen aufzuwenden gehabt hätte und begründet dies mit dem Wortlaute des Gesetzes. Meines Erachtens sollen die Worte „was er durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt" nur heißen „was er durch anderweite Verwendung seiner Tätigkeit erwirbt". Das Wort „Dienste" ist nur gebraucht, weil sich die Tätigkeit innerhalb des Dienstvertrags als Dienst darstellt. Diese Tätigkeit, d. h. diese Dienste anderweit verwendet, sollen unter den übrigen Voraussetzungen des § 615 anrechnungsfähig sein. Es soll damit aber keineswegs gesagt sein, daß nur ein Erwerb aus „Diensten" anrechnungsfähig sein soll. Gegen diese Auffassung spricht auch keineswegs die von Degen zitierte Reichsgerichtsentscheidung.[14]) Eine andere Reichsgerichtsentscheidung[15]) spricht direkt für diese Ansicht. Es wird hier als selbstverständlich vorausgesetzt, daß auch die Vergütung aus anderweiter Verwendung der Arbeitskraft, z. B. einer mit Zeitaufwand verbundenen Beschaffung eines Sozius oder eines Darlehns anrechnungsfähig sei. Klar wird der Sinn des Gesetzes, wenn man, wie das RG. es tut, sagt: anrechnungsfähig ist Gewinn aus anderweiter Verwendung der „dem Dienstherrn geschuldeten Dienste und Arbeitskraft".

Unter böswilliger Unterlassung ist nicht jedes vorsätzliche Unterlassen zu verstehen. Es muß vielmehr zu dem Vorsatz die Absicht hinzutreten, „dem andern Teil zu schaden oder doch sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zunutze zu machen."[16]) Eine böswillige Unterlassung anderweiten Erwerbs liegt also darin, daß jemand eine ihm von dritter Seite angebotene gleichartige Stelle ohne besonderen Grund ablehnt. Der Handlungsgehülfe ist allerdings nicht verpflichtet, jede beliebige Stelle, z. B. eine Stelle bei einem übel

[14]) RG. Bd. 58, 404.

[15]) RG. in J. W. 03, Beil. S. 99.

[16]) Planck S. 149, Staudinger S. 199.

bekommundeten Prinzipal oder eine Stelle untergeordneter Art anzunehmen.[17]) Man wird ihm auch nicht zumuten können, daß er seine Dienste in Zeitungen anbietet oder von Haus zu Haus läuft. Immerhin wird man aber verlangen dürfen, daß er sich nicht vollkommen passiv verhält, sondern dann, wenn er davon erfährt, daß eine passende Stelle frei sei, sich darum bemüht, vielleicht auch bei den vielfach zu diesem Zwecke kostenlos eingerichteten Arbeitsnachweisen anfragt.[18])

Daß er, wie Melzer[19]) behauptet, verpflichtet sei, eine Stelle mit geringerem Gehalt anzunehmen, erscheint mir nicht richtig. Wenn Melzer dies damit begründet, daß die Differenz zwischen dem früheren und dem jetzt gebotenen Gehalt mit unter den Vergütungsanspruch, den der frühere Prinzipal zu ersetzen habe, falle, so ist doch zu bedenken, daß der Handlungsgehülfe die neue Stelle oft auf Jahre hinaus inne hat und die ungerechtfertigte Kündigung des Prinzipals doch zum mindesten für die Zeit, für die die Kündigung zulässig war, wirksam ist,[20]) der Handlungsgehülfe also nur noch vielleicht einige Monate die Differenz vergütet erhält und dann jahrelang gegen geringeres Gehalt zu arbeiten hat.

Mit diesen Folgen, die dem Handlungsgehülfen bei böswilliger Unterlassung anderweiter Verwendung seiner Arbeitskraft treffen, scheint die allgemein anerkannte[21]) Verpflichtung des Handlungsgehülfen, sich dem Dienstherrn, der sich im Annahmeverzuge befindet, zur Verfügung zu halten, in Widerspruch zu stehen. Einerseits kann man dem Dienstherrn nicht das Recht absprechen, wenigstens für die Zukunft die Folgen des Annahmeverzugs dadurch zu beseitigen, daß er dem Handlungsgehülfen weiter Beschäftigung bietet.[22])

---

[17]) Goldmann S. 339.

[18]) Düringer-Hachenburg, Vorbemerkung vor § 59, Anm. 10.

[19]) Melzer S. 40.

[20]) Goldmann S. 340.

[21]) Staudinger S. 890, Düringer-Hachenburg S. 392, v. Frankenberg in DJZ. 03, S. 196, a. A. Planck S. 564.

[22]) Bietet der Prinzipal dem Handlungsgehülfen nicht dieselbe Beschäftigung an, die der Handlungsgehülfe früher hatte, sondern eine ähnliche, so ist dies

Andrerseits ist dem Handlungsgehülfen in gewissem Grade die Pflicht auferlegt, durch Annahme anderer Dienste die Folgen des Annahmeverzuges des Prinzipals herabzumindern. Man kann dem Prinzipal obiges Recht sonach nur solange zusprechen, als der Handlungsgehülfe nicht in andere Dienste getreten ist.[23])

Dieselben Grundsätze gelten dann, wenn der Prinzipal den Handlungsgehülfen entlassen hat. Auch in diesem Falle wird man dem Prinzipal das Recht einräumen müssen, die Folgen des Verzuges zu beseitigen, es sei denn, daß man dem Handlungsgehülfen die Fortsetzung der Tätigkeit nicht zumuten kann.[24]) Aber auch hier gilt das Recht nur insoweit, als es nicht mit dem Rechte des Handlungsgehülfen, sofort nach der Entlassung in anderweite Dienste zu treten, in Widerspruch steht.

Im allgemeinen ist der Handlungsgehülfe demnach auch bei ungerechtfertigter Entlassung verpflichtet, seine Dienste zur Verfügung des Prinzipals zu halten. Jedoch wird man nicht verlangen können, daß er seine Dienste noch ausdrücklich anbiete, um den Prinzipal in Verzug zu setzen. Der Handlungsgehülfe hat dadurch, daß er die Stelle angetreten hat, seine Dienste für die ganze Vertragszeit, also auch für die Zeit nach der Entlassung angeboten, er braucht dies sonach nach der Entlassung nicht noch einmal zu wiederholen. Zum mindesten liegt in der Entlassung ein Verzicht auf nochmaliges Angebot.[25]) Letzteres wird man auch dann annehmen müssen, wenn der Handlungsgehülfe die Stelle noch gar nicht angetreten hat oder sich schon vor der Entlassung mit der Leistung der Dienste im Verzuge befand. Es würde wider Treu und Glauben verstoßen, wenn der Prinzipal, der den Handlungs-

---

zwar nicht geeignet, die Folgen des Verzugs zu beseitigen, es ist aber nach Lage des Falles nicht ausgeschlossen, daß in einer Annahmeverweigerung des Handlungsgehülfen eine böswillige Unterlassung eines Erwerbs liegt.

[23]) Dürtnger-Hachenburg a. a. O.

[24]) Düringer-Hachenburg a. a. O., Fieberg in DJZ. 04, S. 486,

[25]) Horwitz S. 130, Düringer-Hachenburg S. 591, Meyer in DJZ. 06, S. 531: Römer in DJZ. 03, S. 340, OLG. Kassel in ROLG. 10, 179: Planck S. 563, a. A. Goldmann S. 340 und die früheren Auflagen von Staub und Düringer-Hachenburg: E. des K. G. in ROLG. 7, 472.

gehülfen entlassen hat, später, falls sich die Entlassung als zu Unrecht erfolgt, erweisen sollte, den Einwand bringen wollte, der Handlungsgehülfe habe seine Dienste nicht nochmals ausdrücklich angeboten.[26])

3. Die Vergütung bei Dienstverhinderung durch unverschuldetes Unglück. (§ 63 HGB.)

Wie oben bereits ausgeführt ist, findet die Vorschrift des § 323 BGB. im allgemeinen auch auf den Anstellungsvertrag des Handlungsgehülfen Anwendung. Nach dieser Bestimmung hat der Handlungsgehülfe keinen Anspruch auf Vergütung, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den keiner von beiden zu vertreten hat.

Von dieser Vorschrift sind aber durch gesetzliche Bestimmung zwei Ausnahmen gemacht. Es sind dies die §§ 63 HGB. und 616 BGB.

Der § 63 HGB. bestimmt, daß der Handlungsgehülfe seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von 6 Wochen hinaus behält, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert ist.

Unglück im Sinne dieses Paragraphen ist ein Ereignis, das so beschaffen ist, daß es für den Handlungsgehülfen nach den sozialen Anschauungen der Gesamtheit als ein Unglück erscheint.[1]) Es braucht dies Ereignis also nicht gerade in der Person des Handlungsgehülfen eingetreten zu sein.[2]) Es kann auch in der

[26]) A. A. Fieberg in DJZ. 04 S 486. Abzulehnen ist der von Staub, Fieberg und Römer a. a. O. vertretene Standpunkt, die Entlassung sei eine Erfüllungsverweigerung, es liege darin ein Verzicht auf Fristsetzung, demnach könnte der Handlungsgehülfe bei ungerechtfertigter Entlassung nach § 326 BGB. sofort zurücktreten oder Schadenersatz verlangen, denn § 326 BGB. gilt nur für Schuldnerverzug und nicht, wie Römer zu begründen versucht, auch für Gläubigerverzug und außerdem liegt nicht in jeder Erfüllungsverweigerung ein Verzicht auf Fristsetzung (s. Düringer-Hachenburg S. 393).

[1]) Goldmann S. 312, Lehmann-Ring S. 162.

[2]) Anderer Ansicht Ritter S. 111.

Person eines nahen Angehörigen oder Freundes eintreten, muß aber von dem Handlungsgehülfen selbst als solches empfunden werden, z. B. Krankheit naher Angehöriger, Tod oder Beerdigung von Verwandten oder Freunden.

Als Unglück sind auch anzusehen Abbrennen der Wohnung des Handlungsgehülfen, zufolge unbegründeten Verdachtes erfolgte Verhaftung, nicht aber die Pflicht, vor Gericht als Zeuge oder zu anderem Zwecke zu erscheinen, militärische Dienstübungen[3]) oder Überschwemmungen oder sonstige Verkehrsstockungen, die den Handlungsgehülfen selbst nur insofern treffen, als sie ihn hindern, an seine Arbeitsstätte zu kommen,[4]) auch nicht Schwangerschaft verheirateter Frauen. Schwangerschaft als solche ist keine Krankheit, für verheiratete Frauen nach allgemeiner Anschauung auch kein Unglück, ob sie selbst es event. als solches empfindet, ist belanglos. Dagegen wird man nach den heute noch herrschenden sozialen Anschauungen Schwangerschaft einer ledigen Frauensperson als Unglück bezeichnen müssen.[5]) Verschuldet ist ein Unglück dann, wenn es herbeigeführt ist durch eine Lebensführung, die den Anforderungen, die nach der allgemeinen Anschauung an die Lebensführung eines Handlungsgehülfen in der betr. sozialen Stellung gestellt werden, bewußt oder aus unerlaubter Sorglosigkeit zuwiderläuft.[6]) Eine Krankheit, die durch Radfahren, Automobilfahren, Reiten, Tanzen usw. zugezogen ist, ist demnach nicht verschuldet.[7]) Nicht richtig ist es daher, wenn Fuld[8]) sagt, verschuldet seien diejenigen Verhinderungsfälle, die auf einem „vermeidbaren Verhalten" beruhten. Vermeidbar ist auch das Tanzen, das Automobilfahren und dennoch kein Verschulden.

---

[3]) Ebenso Lehmann S. 198 und Cosack S. 92.

[4]) Ebenso Staub, § 63 Anm. 2; anders Horrwitz S. 176, Lehmann a. a. O.

[5]) Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß die ledige Handlungsgehülfin es als solches nicht empfindet und schon deswegen der vorliegende Paragraph keine Anwendung findet (s. später).

[6]) Von Staub zu § 63 Anm. 2, als „Extravaganzen" bezeichnet.

[7]) So auch Pilz S. 53.

[8]) Fuld S. 49.

Ebenso ist eine Krankheit, die sich ein männlicher Handlungsgehülfe durch außerehelichen Geschlechtsverkehr zuzieht, nicht verschuldet, es sei denn, daß er mit einer Frauensperson ohne Schutzmittel verkehrt hat, bei der er Ansteckungsgefahr voraussetzen konnte oder daß er einen geschlechtlich ausschweifenden Lebenswandel geführt hat. Nach heute weit verbreiteter Anschauung ist der geschlechtliche Verkehr erwachsener Männer durchaus nicht verwerflich, sondern ganz selbstverständlich.[9]) Wenn Staub sagt, Horrwitz käme zu dieser Ansicht, indem er rechtliches Verschulden mit der sittlichen Seite verwechsle, so ist das nicht recht verständlich. Als Begründung seiner Ansicht von der rechtlichen Verschuldung sagt er lediglich, rechtlich verschuldet seien diejenigen Tatsachen, die „Folgen von Extravaganzen" seien. „Extravagant" ist aber doch eine Lebensführung, die nach den herrschenden Anschauungen außerhalb der gewöhnlichen Bahnen läuft. Da nun die hier in Frage kommende „Extravaganz" auf sittlichem Gebiete liegt, kann es sich auch bloß um die herrschenden sittlichen Anschauungen handeln. Es ist demnach falsch, wenn Staub sagt, es liege hier rechtliches Verschulden vor, obwohl nach den herrschenden sittlichen Anschauungen nichts dagegen einzuwenden sei. Wenn Staub weiter zur Widerlegung der Ansicht von Horrwitz sagt, eine militärische Dienstleistung zum Zwecke des Avancements sei sittlich unanfechtbar, die dadurch eintretende Dienstverhinderung sei aber doch selbst verschuldet, so ist das Beispiel nicht sehr glücklich gewählt, da Militärdienst nichts mit Sittlichkeit zu tun hat, sondern hier die herrschenden gesellschaftlichen Ansichten maßgebend sind.[10])

Wenn man sonach auch bei einem männlichen Handlungsgehülfen eine geschlechtliche Krankheit, zugezogen durch außerehelichen

---

[9]) Ebenso Horrwitz S. 77, Pilz S. 58, Kfm.G. Berlin in v. Schulz S. 225 Nr. 26 u. S. 272 Nr. 107; a. A. Staub zu § 63 Anm. 2, Düringer-Hachenburg S. 427, Fuld S. 49, Lehmann S. 198; Lehmann-Ring S. 163; OLG. Frankfurt in ROLG. 8, 95; Kfm.G. Danzig in Gew.- u. Kfm.G. II S. 336, v. Landmann S. 310, Planck S. 565.

[10]) Übrigens dürfte es fraglich erscheinen, ob man beim Militärdienst zum Zwecke des Avancements gerade von „Extravaganzen" sprechen kann.

Verkehr für unverschuldetes Unglück ansehen muß, ist es bei einem weiblichen Handlungsgehülfen doch nach den heute noch herrschenden sozialen Anschauungen als verschuldet anzusehen, ebenso eine außereheliche Schwangerschaft des weiblichen Handlungsgehülfen.[11])

Verschuldetes Unglück sind auch Krankheiten infolge übermäßigen Alkohol- oder Nikotingenusses, doch wird man eine akute Alkoholvergiftung, die sich in vorübergehender Trunkenheit äußert, nicht hierher rechnen dürfen.

Das Unglück muß ein derartiges sein, daß man dem Handlungsgehülfen nicht zumuten kann, seine Dienste zu verrichten. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Verhinderung nur eine vorübergehende ist, auch wenn von vornherein offensichtlich ist, daß die Verhinderung monatelang andauern wird, greift § 63 HGB. ein.[12]) Allerdings kann der Prinzipal dann, wenn einer der Fälle des § 72 HGB. vorliegt, trotz § 63 HGB. den Handlungsgehülfen sofort entlassen. Er muß jedoch dem Handlungsgehülfen das Gehalt solange fortzahlen, als er es bei ordnungsgemäßer Kündigung hätte zahlen müssen, längstens jedoch 6 Wochen lang. § 75 Abs. 2 HGB. bestimmt ausdrücklich, daß durch eine Kündigung, die deswegen erfolgt, weil der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung der Dienste verhindert ist, der Anspruch des § 63 HGB. nicht berührt werde. Andererseits ergibt sich aber aus dem Wortlaute des § 63 HGB., daß dem Handlungsgehülfen nicht auf alle Fälle ein Anspruch auf das Gehalt von 6 Wochen eingeräumt werden soll.[13]) Wenn das Dienstverhältnis außer dem oben erwähnten Falle vor Ablauf der 6 Wochen endigt, fällt der Anspruch fort. Wie das Dienstverhältnis endigt, ob durch Tod des Handlungsgehilfen, ob durch gegenseitige Vereinbarung oder Kündigung, ist abgesehen von dem Falle des § 75 Abs. 2 HGB. gleichgültig. Die 6 Wochen sind nur eine Maximalfrist, die nur dann gilt, wenn der Vertrag ohne diese noch länger

---

[11]) Ebenso Fulda a. a. O., Lehmann-Ring a. a. O, anders Horrwitz a. a. O., K.G. in Bl. f. R. 94 S. 26.

[12]) Denkschrift S. 57, Goldmann S. 313, Lehmann-Ring S. 163.

[13]) Staub § 63, Anm. 4 RG. Bd. 48, 181.

dauern würde.[14]) Dabei beginnt die Frist einen Tag, nach dem die Dienstleistung aufhörte (§ 187 Abs. 1 S. 1,) nicht etwa erst mit dem Tage, der nach der auf Grund von § 72 erfolgten Entlassung liegt.[15]) Die Frist endigt mit dem Ablaufe desjenigen Tages der 6. Woche, der durch seine Benennung dem Tage entspricht, in den das Ereignis fällt, (§ 188, Abs. 2 BGB.) Wenn die Voraussetzungen des § 63 HGB. vorliegen, bekommt der Handlungsgehülfe Gehalt und Unterhalt ersetzt. Hier ist unter Gehalt jede Art Vergütung, auch Provision und Tantieme zu verstehen.[16]) Wenn man unter Gehalt nur die festen Bezüge verstehen wollte, so würde dies für die Handlungsgehülfen die nur Provision oder Tantieme beziehen, eine Ungerechtigkeit sein, die dem Sinne dieser Bestimmung zuwiderliefe. Der Grundgedanke des § 63 HGB. ist der, daß der Handlungsgehülfe dann, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Dienstleistung verhindert ist, noch sechs Wochen das bekommen soll, was er gehabt hätte, wenn dieser Umstand nicht eingetreten wäre. Nach diesem Gesichtspunkte bemißt sich auch die Höhe der Provision und der Tantieme, die er zu fordern hat.[17])

Auf das Gehalt dürfen nach ausdrücklicher Vorschrift des § 63, Abs. 2 nicht die Beträge angerechnet werden, die dem Handlungsgehülfen für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommen.[18]) Gleichgültig ist, ob die zugrunde liegende Versicherung eine Zwangsversicherung oder eine freiwillige ist und ob die Zahlung von den Berufsgenossenschaften oder einer privaten Kasse erfolgt. Es ist aber auch ohne Belang, ob der

---

[14]) Die Denkschrift führt hierzu S. 62 aus: Daß der Anspruch wegfällt, sobald das Dienstverhältnis endigt, versteht sich von selbst und braucht im Gesetze nicht besonders zum Ausdrucke gebracht zu werden.

[15]) OLGR. 3, S. 77, Horrwitz S. 73, Staub zu § 72, Anm. 8.

[16]) Staub zu § 63, Anm. 5, Düringer-Hachenburg S. 428, Goldmann S. 314, Ritter S. 111.

[17]) Staudinger S. 429, Staub § 63, Anm. 5.

[18]) Der Entwurf enthielt die in § 616, Abs. 2 enthaltene unten näher zu erörternde Bestimmung. Die RK nahm obige Bestimmung in bewußtem Gegensatze zum BGB. auf, in der Hoffnung, daß das BGB. in diesem Sinne ebenfalls bald abgeändert werden würde. Vergl. Bericht S. 27 fl.

Handlungsgehülfe oder der Prinzipal sämtliche Versicherungsbeiträge gezahlt hat oder ob — wie es bei der Krankenversicherung gesetzlich ist — der Handlungsgehülfe zwei Drittel, der Prinzipal ein Drittel entrichtet.[19]) Staub meint,[20]) daß der Prinzipal in dem letzteren Falle die von der Kasse dem Handlungsgehülfen zufließenden Beträge anrechnen könne, da diese Beträge ihm vom Prinzipal verschafft seien und der Prinzipal sich so gegen die Lasten des § 63 HGB. selbst versichert habe. Das ist aber nicht richtig. Man muß dabei davon ausgehen, weshalb der Prinzipal dies getan hat und wird dann in der Mehrzahl der Fälle zu dem Resultat kommen, daß die Absicht des Prinzipals die war, dem Handlungsgehülfen das von ihm versprochene Gehalt ganz zukommen zu lassen. Es liegt demnach eine freiwillige Erhöhung des Gehalts vor. Wenn Staub recht hätte, müßte man doch auch dann, wenn der Prinzipal bei der Krankenversicherung statt ein Drittel, wozu er verpflichtet ist, zwei Drittel gezahlt hat, sagen, der Prinzipal habe sich dann zu ein Drittel selbst versichert, es müßte dann von den von dem Handlungsgehülfen bezogenen Beträgen ein Drittel angerechnet werden. Damit würde man aber zu dem von Staub selbst abgelehnten Resultate kommen, daß ein Unterschied zwischen Entschädigungen aus gesetzlicher oder freiwilliger Versicherung zu machen ist.

4. Die Vergütung bei vorübergehender Verhinderung. (§ 616 BGB.)

Die weitere Ausnahme von § 323 BGB. ist in § 616 BGB. enthalten. Dieser Paragraph greift auch bei dem Dienstvertrag des Handlungsgehülfen neben § 63 HGB. ergänzend ein. Es ist dies zwar bestritten, jedoch zu Unrecht. § 63 HGB. will die Fälle der Verhinderung keineswegs erschöpfend regeln. Es ergibt sich dies

[19]) Ebenso Goldmann S. 317, Düringer-Hachenburg S. 430, Mackower S. 206, Kfm.G. Chemnitz in Gew.G. und Kfm.G. 11, S. 289, Kfm.G. Berlin in v. Schulz f. S. 272, Nr. 108 und Lehmann-Ring S. 163.

[20]) § 63, Anm. 6.

schon aus den Gesetzesmaterialien. Sonach findet nach Art. 32 E. G. B.G.B. § 616 BGB. neben § 63 HGB. Anwendung.[1])

Liegen Verhinderungen vor, die nach den obigen Darlegungen nicht als „Unglück" anzusehen sind, so ist § 616 BGB. anzuwenden.[2]) Nach diesem Paragraph geht der Handlungsgehülfe des Anspruchs auf Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, daß der Prinzipal von vornherein mit solchen geringfügigen Unterbrechungen der Arbeit zu rechnen hat.

Was unter „verhältnismäßig nicht erheblicher Zeit" zu verstehen ist, ist in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der Dauer des Dienstverhältnisses, des Umfangs des Geschäfts, der Stellung, die der Handlungsgehülfe in diesem Geschäfte einnimmt u. a. Umständen nach richterlichem Ermessen zu bestimmen. Bei der Entscheidung dieser Frage ist darauf Gewicht zu legen, ob der Prinzipal infolge der ganzen Lebensverhältnisse erfahrungsgemäß mit einer derartigen Unterbrechung rechnen mußte.[3]) So kann eine militärische Übung von 14 Tagen, wenn die Vertragsdauer eine kurze ist, eine erhebliche Zeit sein. Daß aber eine Übung, die länger als 14 Tage dauert, unter allen Umständen als eine erhebliche Dienstverhinderung anzusehen sei,[4]) erscheint mir unrichtig.[5]) Dagegen werden Übungen von 6—8 Wochen in den seltensten Fällen als nicht erhebliche Dienstverhinderung angesehen werden können.[6])

Die Frage, ob eine Dienstverhinderung verschuldet ist oder nicht, ist hier genau so zu beantworten wie bei § 63 HGB. Nicht

[1]) Ebenso Planck S. 569, Staub zu § 63, Zusatz 1, Staudinger S. 892, a. A. Hilse im Recht 02, S. 69.

[2]) Es beruht wohl lediglich auf einem Versehen, wenn Pilz S. 53 sagt, daß bei § 616 BGB. auch unverschuldetes Unglück Voraussetzung sei.

[3]) Planck S. 565.

[4]) So die Ältesten vom 16. VIII. 01 bei Horrwitz S. 75 und Fuld S. 50.

[5]) Ebenso Planck a. a. O. und zahlreiche Entscheidungen des Gew.G.

[6]) So Staub § 63 Anm. 8.

richtig ist es daher, wenn Staub die Ansicht vertritt, daß Übungen, die zum Zwecke des Avancements erfolgen, stets verschuldet seien.[7]) Es wird auch hier ganz auf den Fall und die Stellung des Handlungsgehülfen ankommen. Daß ein Handlungsgehülfe, der in einem kleinen Geschäft gegen eine ganz geringe Vergütung als Einziger angestellt ist, auf Kosten des Prinzipals keine längere freiwillige Übung machen darf, ist offensichtlich. Wenn aber ein Handlungsgehülfe, der in einem größeren Hause eine gut dotierte Vertrauensstellung einnimmt, an den hinsichtlich seiner Vorbildung und gesellschaftlichen Stellung hohe Anforderungen gestellt werden, derartige Übungen macht, so ist das meines Erachtens keine „Extravaganz", sondern ein Erfordernis, das die Lebensstellung des Betreffenden mit sich bringt. Man muß doch bedenken, daß die Handlungsgehülfen den verschiedensten gesellschaftlichen Schichten angehören. Es gibt Handlungsgehülfen, die keinerlei nennenswerte Vorbildung besitzen und monatlich 40 Mk. — verdienen, andererseits gibt es aber auch Handlungsgehülfen, die hochgebildet sind und glänzende Einnahmen haben. Man kann diese doch nicht gleich behandeln. Bei dem einen ist eine „Extravaganz", was bei dem anderen zum täglichen Leben gehört.[8]) Zum Unterschiede von § 63 HGB. ist bei Anwendung des § 616 BGB. erforderlich, daß die Dienstverhinderung gegeben ist durch einen in der Person des Handlungsgehülfen liegenden Grund, d. h. durch eine Verhinderung, die in seinen persönlichen Verhältnissen beruht[9]). Auf den persönlichen Verhältnissen beruhend sind auch anzusehen Ereignisse, die einen nahen Verwandten treffen und den Handlungsgehülfen nach allgemeiner menschlicher Anschauung mit Recht veranlassen, den Dienst kurze Zeit nicht

[7]) Wie Staub, Düringer-Hachenburg S. 427, Horrwitz S. 76, Fuld S. 50, anders Goldmann S. 315.

[8]) Falsch ist jedenfalls die Begründung, die Fuld auf S. 50 für die gegenteilige Ansicht gibt. Er führt dort aus, der Prinzipal brauche nicht zu bezahlen, da die Einberufung bei militärischen Übungen auf Avancement auf dem freien Willen des Handlungsgehülfen beruhe. Deswegen braucht doch noch kein Verschulden vorzuliegen.

[9]) Für diese weitere Auslegung mit Recht Planck S. 565 und Staudinger S. 893.

auszuüben. Dagegen fallen Verhinderungen, die die persönlichen Verhältnisse des Handlungsgehülfen nicht berühren, sondern sich als eine mehr objektive Verhinderung desselben an der Dienstleistung darstellen, nicht unter § 616 BGB. So ist der Prinzipal z. B. berechtigt, Abzüge zu machen, wenn der Handlungsgehülfe infolge einer Überschwemmung, die ihn sonst persönlich nicht näher berührt, verhindert ist, zur Arbeitsstätte zu gelangen. Es ist vielfach die Ansicht vertreten, daß § 616 analog auf die Fälle anzuwenden sei, in denen dem Handlungsgehülfen die Dienstleistung deshalb unmöglich ist, weil die Sache, an der die Dienste zu leisten sind, untergegangen ist oder aus einem anderen, von der Person des Prinzipals oder des Handlungsgehülfen unabhängigen Grunde.[10]) Hierzu liegt aber selbst insoweit, als dadurch Annahmeverzug des Prinzips nicht gegeben ist (s. oben) keine Veranlassung vor. Als Grund dieser analogen Anwendung wird ausgeführt: Wenn der Handlungsgehülfe sogar für den Fall einer in seiner Person liegenden Verhinderung die Vergütung weiter gezahlt erhalte, müsse dies in den obigen Fällen erst recht eintreten. Das ist aber unrichtig. § 616 BGB. beruht, wie schon hervorgehoben, auf dem Gedanken, daß der Prinzipal mit der vorübergehenden Verhindernng eines einzelnen Angestellten rechnen müsse. Obige Fälle liegen aber weit außerhalb dieses Grundgedankens und würden dem Prinzipal eine zu weit gehende Last aufbürden.[11])

Bei Anwendung des § 616 BGB. hat der Handlungsgehülfe sich nach Satz 2 im Gegensatze zu § 63 HGB. die Beträge anrechnen zu lassen, die ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommen, nicht aber sonstige Entschädigungen, nicht Krankenkassenbeiträge aus einer freien Hülfskasse, Beträge aus einer freiwilligen Unfallversicherung, Löhnung bei militärischen Übungen u. dergl. Es ergibt sich dies aus dem bestimmten, auf einige Fälle beschränkten Inhalte des Satz 2 des § 616 BGB. Selbst wenn

---

[10]) So Dernburg II, § 305, ähnlich Staudinger S. 893.

[11]) So Planck S. 569.

der Handlungsgehülfe infolge des Umstandes, der ihn hindert, die Dienste zu erfüllen, einen anderweiten gesetzlichen Anspruch hat, als in Abs. 2 des § 616 normiert ist, braucht er sich die infolge dieses Anspruches erhaltene Entschädigung nicht anrechnen zu lassen.[12])

Die Vorschriften des § 616 BGB. sind ihrem ganzen Umfange nach dispositives Recht. Der Handlungsgehülfe kann auf diese Vergünstigungen sowohl vorher als auch nachher verzichten.[13]) Es ergibt sich dies klar aus § 619 BGB., in dem nur die §§ 617 und 618 als Vorschriften zwingenden Rechts bezeichnet sind.

Anhang. § 63, Abs. 2, Satz 2 HGB.

Während § 616 durchgängig dispositives Recht ist, ist § 63, Abs. 2, Satz 1 absolutes Recht, da Satz 2 des Abs. 2 bestimmt: „Eine Vereinbarung, die dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig." Es kann demnach eine Anrechnung von Kranken- oder Unfallversicherungsgeldern in den Fällen des § 63 HGB. nicht vereinbart werden. Dagegen ist es zulässig, die Vorschrift des Abs. 1 des § 63 HGB. durch Vereinbarung auszuschließen, also zu bestimmen, daß der Prinzipal im Falle unverschuldeten Unglückes des Handlungsgehülfen das Gehalt und Unterhalt nicht weiter zu bezahlen braucht. Diese Bestimmungen sind äußerst inkonsequent. Man hat, um den Handlungsgehülfen bei unverschuldetem Unglück möglichst günstig zu stellen, die Vorschriften des § 63 HGB. erlassen. Ausgehend von dem Grundsatze, daß derartige sozialpolitische Vorschriften ohne große Bedeutung sind, wenn sie nicht jus cogens sind, ist bestimmt worden, bei Abs. 2 eine gegenteilige Vereinbarung auszuschließen.

Dieselbe Erwägung hätte auch Abs. 1 zum jus cogens erheben müssen. Hier wurde aber ein dahin gehender Antrag ab-

---

[12]) Planck S. 567, a. A. Blume im Recht 02, S. 8.

[13]) Planck S. 565, Staudinger S. 896, a. A. Fuld in Soziale Praxis Bd. 9, S. 790.

gelehnt, weil man der Ansicht war, daß diese Bestimmung für die kleineren und mittleren Betriebe zu hart sei. Das Ergebnis der nicht gerade geschickten Rücksichtnahme auf die widersprechendsten Interessen ist nun das, daß das kleinere Übel verboten, das größere Übel aber erlaubt ist. Die praktische Folge dieser Gesetzgebung ist natürlich, daß die meisten Prinzipale, die sonst das Gehalt weiter bezahlt und sich die Anrechnung von Krankengeldern ausbedungen hätten, jetzt vereinbaren, daß im Falle unverschuldeten Unglücks das Gehalt nicht weiter gezahlt wird. Es ist demnach durch die Bestimmung des § 63 Abs. 2, Satz 2 das Gegenteil von dem erreicht, was beabsichtigt war.

Horrwitz[1]) versucht diesen Widerspruch wegzuleugnen, indem er ausführt, den Bestimmungen lägen folgende Erwägungen zugrunde: Die Prinzipale, die zu den wirtschaftlich Schwächeren gehörten, sollten nicht in die Lage versetzt werden können, 6 Wochen lang umsonst Gehalt zahlen zu müssen, während es für die Großbetriebe nichts bedeute, ob die Kranken- oder Unfallversicherungsbeträge ihnen zugute kämen oder nicht. Wenn man Horrwitz hierin auch beistimmt,[2]) bleibt doch bestehen, daß diese sozialpolitischen Grundgedanken gesetztechnisch sehr ungeschickt zum Ausdruck gebracht sind und der Erfolg jedenfalls ein nicht beabsichtigter ist.

Die Rechtsprechung und Wissenschaft hat nun versucht, meist ausgehend von der Tendenz des Gesetzes, diese Widersprüche durch Auslegung zu beseitigten,[3]) meines Erachtens zu Unrecht. Der

---

[1]) D. J. Z. 04, S. 593.

[2]) Obwohl es nicht richtig ist, daß die Kranken- und Unfallversicherungsbeträge für große Betriebe keine Rolle spielten.

[3]) So Weißler in D. J. Z. 01, S. 405, 478 u. 03, S. 291, Strauß in D. J. Z. 05, S. 352, K. G. Bl. 03, S. 22, 04, S. 36 u. 50, Kfm. G. Berlin in Soz. Prax. 05, S. 675, D. J. Z. 05, S. 679, 808, Kfm. G. Berlin in v. Schulz S. 268, Nr. 104, Kfm. G. Köln s. Stranz in D. J. Z. 05, S. 679, Kfm. G. Hamburg und Breslau in D. J. Z. 05, S. 807.

Wie oben Staub, § 63, Anm. 7, Düringer-Hachenburg S. 429, Cosack S. 92, Horrwitz S. 74, Goldmann S. 314 f., Kaufmann in D. J. Z. 03, S. 218, Nathan bei Holdheim 12, S. 202, Mackower S. 206,

Wortlaut und die Entstehungsgeschichte sprechen klar für die oben wiedergegebene Auffassung. Ein Zweifel kann nicht bestehen. Wenn man trotzdem etwas anderes aus dem Gesetze herauszulesen versucht, so geschieht dies, weil man die Unhaltbarkeit dieser Bestimmungen fühlt und gern helfen möchte. Das ist aber nicht die Aufgabe der Rechtsprechung und Wissenschaft, sondern der Gesetzgebung. Diese Versuche gehen sämtlich dahin, auch Absatz 1 für zwingendes Recht zu erklären. Begründet wird es damit, daß sich dies aus der Tendenz des Gesetzes ergebe. Diese Tendenz soll dahin gehen, den wirtschaftlich Schwachen zu schützen. Aber selbst wenn man gegen den Wortlaut des Gesetzes allein aus der Tendenz heraus das Gesetz auslegen könnte, würde man doch nicht zu dem Ergebnis kommen dürfen, daß beide Absätze des § 63 HBG. zwingenden Rechts seien. Den wirtschaftlich Schwachen schützen, ist nicht gleichbedeutend mit „den Handlungsgehülfen schützen". Auch unter den Prinzipalen gibt es zahlreiche, die knapp existieren können. Diese Leute zu zwingen, dafür zu sorgen, daß ihr Angestellter, der eventuell sogar besser dasteht, als sie, dafür, daß er nichts tut, 6 Wochen lang Gehalt und noch Krankengeld bekommt, ist keine rationelle Sozialpolitik mehr, kann nicht die Tendenz eines Gesetzes sein, ganz abgesehen davon, daß eine derartige Bestimmung geradezu eine Prämie für Nichtstun wäre und der Simulation Tür und Tor öffnete.[4])

Daß dies nicht die Tendenz des Gesetzes sein kann, geht schon daraus hervor, daß neuerdings bei einer beabsichtigten Änderung des Gesetzes im Jahre 1908 der Bundesrat eben mit Rücksicht auf die Kleinkaufleute nicht darauf eingegangen ist, beide Absätze für

Gareis S. 108 f., Fuld in Gew. G. 10, S. 95 f., Kfm. G. Hamburg in Gew. G. 10, S. 141, Kfm. G. Dortmund s. Stranz in D. J. Z. 05, S. 679, Horrwitz in D. J. Z. 04, S. 594, Kfm. Gerichte Braunschweig, Hannover, Bremen, Stettin in D. J. Z. 05, S. 807, Lueder in D. J. Z. 06, S. 649 f., L. G. Berlin in K. G. Bl. 13, S. 886 und Friedeberg in D. J. Z. 01, S. 478.

[4]) Neukamp in D. J. Z. 08, S. 209, Leo in D. J. Z. 08, S. 298, Frankenberg in D. J. Z. 08, S. 503. Auch die Ältesten der Kaufmannschaft Berlin erblicken in einer derartigen Regelung geradezu eine wirtschaftliche Gefahr, s. das von Lueder in D. J. Z. 06, S. 650 zitierte Gutachten.

zwingendes Recht zu erklären, obwohl der Reichstag sich auf diesen Standpunkt gestellt hatte. Der allen Interessen gerecht werdende Regierungsvorschlag, dem Absatz 1 zwingende Kraft zu verleihen und zu bestimmen, daß der Handlungsgehülfe sich die ihm auf Grund gesetzlicher Verpflichtung zufließenden Kranken- und Unfallversicherungsbeträge anrechnen lassen müsse, ist leider nicht Gesetz geworden.

Auch aus der modernen Arbeiter-Versicherungsgesetzgebung[5]) ergibt sich, daß es keineswegs moderne sozialpolitische Tendenz ist, dem Erkrankten das volle Gehalt und das Krankengeld zukommen zu lassen.[6])

Dasselbe ergibt sich aus dem § 1 Abs. 4 des KVG., in dem bestimmt ist, daß Handlungsgehülfen der Versicherungspflicht nur unterliegen, sofern durch Vertrag die von ihnen nach Art. 60 (§ 63 Abs. 1 des neuen HGB.) zustehenden Rechte aufgehoben oder beschränkt werden.[7])

Auch andere in Praxis und Literatur auftauchende Gründe, die für die absolute Natur des § 63 Abs. 1 angeführt werden, sind nicht stichhaltig. Falsch ist es, wenn das Kfm. G. Berlin[8]) das Lohnbeschlagnahmegesetz und das Aufrechnungsverbot heranzieht. Die beiden Bestimmungen haben nicht einmal dem Grundgedanken nach mit dem § 63 HGB. etwas zu tun. Ebenfalls nicht durchschlagend sind die Ausführungen Weißlers.[9]) Weißler sagt: Absatz 1 müßte jus cogens sein, weil sich sonst kein Fall denken ließe, an dem die zwingende Natur des Absatz 2 sich zeigen könnte.

---

[5]) S. § 57 KVG., § 140 GUVG., § 151 LUVG., § 138 See-UVG., § 49 bis 54 Inv. VG.

[6]) Neukamp in D. J. Z. 08. S. 308.

[7]) Mehr kann aus dieser Bestimmmung, die zu einer Zeit erstanden ist, als Absatz 2 des § 63 HGB. noch nicht bestand, nicht hergeleitet werden. Zu weit geht daher Fuld (S. 51) wenn er ausführt, aus § 1 des KVG. ergebe sich, daß Abs. 1 absoluten und Abs. 2 dispositiven Rechts sei, denn wenn Abs. 1 auch absolutes Recht wäre, wäre damit die Bestimmung in § 1 Abs. 4 KVG. illusorisch, und das könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein.

[8]) In v. Schulz S. 270.

[9]) In D. J. Z. 01, S. 278. f.

Wenn Absatz 1 dispositiv wäre, könnte nicht nur vereinbart werden, daß das ganze Gehalt wegfalle, sondern auch daß ein Teil des Gehalts wegfalle, also auch der Teil, den der Handlungsgehülfe aus der Versicherung erhalte. Selbst wenn man die Richtigkeit dieser Ausführungen anerkennt, folgt daraus doch weiter nichts, als daß die beiden gesetzlichen Bestimmungen einander widersprechen. Satz 2, Abs. 2 bezieht sich der ganzen äußeren Anordnung und dem bei der Beratung ausgesprochenen Willen nach nur auf Abs. 2. Dadurch, daß der später hinzugefügte Abs. 2 absoluter Natur ist, kann der Abs. 1, der früher, wie Weißler selbst zugibt, dispositiv war, nicht absolut werden, wenn dies nicht auch ausdrücklich bestimmt wird, auch dann nicht, wenn Widersprüche zwischen dem dispositiven Abs. 1 und dem absoluten Abs. 2 auftauchen.

II.

Die gewöhnlichen Arten der Vergütung.

A.

Allgemeines.

Die Vergütung kann in den verschiedensten Formen vereinbart werden. Die Hauptformen sind festes Gehalt, Tantieme, Provision. Sie können in Verbindung miteinander oder auch jede allein vorkommen.[1]) Sonach ist es zulässig, daß ein Handlungsgehülfe nur Provision oder nur Tantieme bekommt.[2]) Auch die alleinige Gewährung von Unterhalt (freie Wohnung und Verpflegung) ist zulässig.[3]) Als eine weitere Art der Vergütung kommt noch die

[1]) Lehmann S. 192. Es ist daher vollkommen unrichtig, wenn Pilz S. 31 sagt, ein Handlungsreisender, der nur gegen Provision angestellt ist, sei kein Handlungsgehülfe, sondern selbständiger Kaufmann.

[2]) Düringer-Hachenburg zu § 59, Anm. 26, Mackower zu § 59, II c. J. W. Beil. 03, S. 17.

sogenannte Gratifikation in Frage. Sie kann als Vergütung für den Handlungsgehülfen nur in Verbindung mit einer anderen Art der Vergütung vorkommen. Wer lediglich Gratifikation erhält, kann als Handlungsgehülfe im Sinne des § 59 HGB. nicht angesehen werden.[4]) Es ist wohl nur ein Versehen von Pilz, wenn er[5]) das Gegenteil behauptet.

Während der Gehülfe früher fast durchgängig im Hause des Prinzipals wohnte und in der Hauptsache Unterhalt erhielt, kommt dies neuerlich nur noch selten vor. Die Hauptform der heutigen Vergütung für den Handlungsgehülfen ist das Gehalt im engeren Sinne.

B.

1. Gehalt.

Unter Gehalt des Handlungsgehülfen im engeren und eigentlichen Sinne ist die entweder durch Vertrag oder Gesetz ein für allemal festgesetzte, in regelmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrende Geldvergütung zu verstehen. Das BGB. spricht in den §§ 622 f. von „festen Bezügen". Falsch wäre es, wie Makower[1]) es tut, das Gehalt als „vereinbarte feste Gegenleistung" zu bezeichnen. Eine Vereinbarung braucht nicht vorzuliegen, wie schon oben dargelegt. Auch nach § 59 als angemessene Vergütung gezahlte Geldentschädigung ist Gehalt. Ferner ist in dieser Definition nicht zum Ausdrucke gebracht, daß nur die in Geld gewährte Vergütung als Gehalt anzusehen ist. Nicht richtig bezw. ungenau ist die Behauptung von Horrwitz:[2]) „die Vergütung in barem Gelde heißt Gehalt oder Salär". Provision und Tantieme sind meist auch Vergütungen in barem Gelde und doch nicht Gehalt.

Der Begriff Gehalt wird jedoch im gewöhnlichen Leben und

[3]) Lehmann a. a. O.
[4]) Gareis § 21, Nr. 3, S. 106.
[5]) S. 49.
[1]) Zu § 64 Ib.
[2]) S. 67.

auch an einigen Stellen des HGB. nicht so genau genommen. Man versteht unter diesem Worte im weiteren Sinne bisweilen sämtliche Arten der Vergütung. So ist der Begriff in den §§ 63 und 71, Nr. 2 (die noch aus dem alten HGB. stammen) in dem weiteren Sinne verwendet, während er in den §§ 64 und 68 Abs. 1 im engeren Sinne gemeint ist.[3])

Die Zeit, zu welcher das Gehalt zu zahlen ist, würde sich mangels Vereinbarung und mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung aus § 614 BGB. ergeben. Nach diesem Paragraphen ist die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten und dann, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte. Das würde in vielen Fällen unbillig sein. Es könnte so vorkommen, daß der Handlungsgehülfe das Gehalt erst am Schlusse jeden Dienstjahres ausgezahlt erhielte. Um dies zu vermeiden, bestimmt § 64 HGB., daß die Zahlung des Gehaltes am Schlusse jeden Monats zu erfolgen hat. Unter Monat ist nach §§ 187, 188 BGB. nicht ein Kalendermonat, sondern ein Dienstmonat gemeint.[4]) Dabei ist zum Schutze des Handlungsgehülfen ausdrücklich bestimmt, daß eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, nichtig sei. Nach dem Wortlaute der Bestimmung „die Zahlung hat am Schlusse eines jeden Monats zu erfolgen" müßte das Gehalt auch dann am Schlusse eines Monats gezahlt werden, wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist. Jedoch wird man wohl sagen müssen, daß in der Vereinbarung von täglichem oder Wochenlohn zugleich tägliche oder wöchentliche Zahlung vereinbart ist, die durch Satz 2 des § 64 nicht verboten ist.[5]) So ist natürlich auch die

---

[3]) Makower a. a. O.

[4]) Ebenso Düringer-Hachenburg S. 431, Staub § 64, Anm 2: Denkschrift S. 63, Ritter S. 109, Gareis S. 107. Das Gesetz will damit nicht einen bestimmten allgemeinen Zahlungstag fixieren, sondern bezweckt nur, daß der Handlungsgehülfe nicht zu lange Zeit hindurch auf das Gehalt warten muß. Dieses verkennen Lehmann-Ring, wenn sie S. 164 unter Hinweis auf § 192 BGB. behaupten, es sei am Ende des Kalendermonats zu zahlen.

[5]) So Staub zu § 64, Anm. 1, Horrwitz S. 77.

Vereinbarung zulässig, daß die Zahlung des Gehaltes erstmalig am Schlusse des Kalendermonats und dann monatlich zu erfolgen hat. Fällt der Zahlungstag auf einen Sonntag oder auf einen am Erfüllungsorte staatlich anerkannten Feiertag, so ist am nächstfolgenden Werktage zu zahlen (§ 193 BGB.). Endigt das Dienstverhältnis vereinbarungsgemäß vor Schluß des Monats, so ist am letzten Arbeitstage zu zahlen, da die Bestimmung des § 64 HGB. nur unter der Voraussetzung gilt, daß das Dienstverhältnis noch am Schlusse des Monats besteht.

Die Bestimmung, daß die Zahlung des Gehalts am Schlusse eines jeden Monats zu erfolgen hat, ist nach Satz 2 des § 64 HGB. absolut. Satz 2 lautet: „Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später (als am Schlusse des Monats) erfolgen soll, ist nichtig." Über die Auslegung dieser Worte besteht Streit. Meines Erachtens hat Staub[6]) recht, wenn er sagt, daß darnach jede Vereinbarung, auch eine nach Fälligkeit getroffene Vereinbarung über Stehenlassen des Gehaltes nichtig sei. Im Gesetze ist keineswegs gesagt, daß sich die Bestimmung nur auf Vereinbarungen beziehen soll, die vor Fälligkeit des Gehalts liegen. Eine Vereinbarung, daß die Zahlung des Gehaltes später als bei Fälligkeit erfolgen soll, kann aber auch am Tage der Fälligkeit und nach Fälligkeit erfolgen. Mithin sind diese Vereinbarungen durch den klaren Wortlaut des Gesetzes mit getroffen, und es ist nicht einzusehen, wie Goldmann[7]) dies bestreiten kann. Wenn Goldmann weiter behauptet, der gesetzgeberische Grund für diese Vorschrift sei der, „den Handlungsgehülfen gegen eine ungebührliche Verzögerung der Gehaltszahlung zu schützen", sich hierfür auf die Denkschrift (S. 58) bezieht und ausführt, von einer solchen Verzögerung könne nicht die Rede sein, wenn der Prinzipal zur Zahlung des Gehalts am Schlusse des Monats bereit sei und der Handlungsgehülfe freiwillig sein Gehalt stehen lasse, so ist ihm folgendes entgegenzuhalten:

---

[6]) Zu § 64, Anm. 4.
[7]) Zu § 67, Anm. 1, II 2.

Die von Goldmann gemachten Ausführungen enthalten gar nicht den gesetzgeberischen Gedanken, der dem Satz 2 des § 64 zugrunde liegt. Die Denkschrift begründet nur den Entwurf, und der Entwurf enthielt diese Bestimmung nicht. Der gesetzgeberische Grundgedanke des § 64 Satz 2 ist vielmehr der, den Handlungsgehülfen davor zu schützen, daß der Prinzipal das Abhängigkeitsverhältnis benutzt, um diesen zu ihm nachteiligen, den Vorschriften des § 64 Abs. 1 HGB. zuwiderlaufenden Zugeständnissen zu veranlassen.[8]) Wenn die Vorschrift im Sinne Goldmanns[9]) aufgefaßt würde, könnte sie jeden Tag umgangen werden. Dann brauchte der Prinzipal den Handlungsgehülfen nur am letzten des Monats kommen zu lassen, und ihn durch Mittel, die nicht gerade in den Rahmen des § 123 BGB. fallen, aber trotzdem wegen des Abhängigkeitsverhältnisses wirksam genug sind, zu bewegen, das Gehalt stehen zu lassen. Gewiß kann es Fälle geben, in denen der Handlungsgehülfe ein Interesse daran hat, sein Gehalt „stehen zu lassen". Doch würde sich's dann nicht um einfache Stundung, sondern um ein Darlehn oder eine sonstige Novation handeln. Dem steht natürlich auch nach der hier vertretenen Ansicht nichts entgegen, daß der Handlungsgehülfe dem Prinzipal am letzten sein Gehalt als Darlehn usw. gibt, etwa, um es im Geschäfte mitarbeiten zu lassen. Nur würde diese Vereinbarung nichtig sein, wenn sie nur zum Scheine und zum Zwecke der Umgehung der Vorschriften des § 64 HGB. getroffen sein sollte: ebenso wie eine vorherige Verpflichtung, das später fällig werde Gehalt zu „stunden" oder „stehen zu lassen".

Für diese Auffassung des § 64 Satz 2 spricht auch ein Ver-

---

[8]) Dies berücksichtigt auch Ritter S. 109 nicht, wenn er ausführt, der Handlungsgehülfe könne ja sogar auf das fällige Gehalt verzichten, es müßte demnach auch a majore auf das Minus geschlossen werden dürfen, daß er es stunden dürfe. Den Handlungsgehülfen davor zu schützen, daß er auf das Gehalt Verzicht leiste, hatte der Gesetzgeber wenigstens in diesem Zusammenhange keine Veranlassung.

[9]) Wie Goldmann, Ritter a. a. O., Makower zu § 64, Anm. IIb. Auch in der Reichstagskommission ist diese Auffassung vertreten worden. (K. B. 32.)

gleich dieser Vorschrift mit der in § 62 Abs. 4 HGB. enthaltenen. In diesem Paragraphen ist ausdrücklich bestimmt, daß die in § 62 dem Prinzipal auferlegten Verpflichtungen im voraus durch Vertrag nicht aufgehoben oder beschränkt werden dürfen. Hier kann nach Eintritt des die Verpflichtung auslösenden Ereignisses etwas anderes bestimmt werden. In § 64 Satz 2 aber sind die Worte „im voraus" weggelassen.

Ist diese Vereinbarung Teil des Dienstvertrages, so ist nur diese Vereinbarung und nicht der ganze Dienstvertrag nichtig, da anzunehmen ist, daß der Dienstvertrag auch ohne diesen nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139 BGB.).[10])

Wenn der Dienstherr das Gehalt nicht an dem Fälligkeitstage zahlt, verletzt er den § 71, Nr. 2, sofern sich nicht aus besonderen Umständen etwas anderes ergibt. Auch hat der Dienstherr von diesem Tage an ohne Mahnung nach §§ 284, 288 BGB. Zinsen zu zahlen. Eine Mahnung ist deswegen nicht nötig, weil für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und der Schuldner in diesem Falle nach § 288 Abs. 2 ohne Mahnung in Verzug gerät. Denn eine Zeit ist nicht nur dann nach dem Kalender bestimmt, wenn das Datum ausdrücklich angegeben ist, es genügt vielmehr, daß, ohne daß auf bestimmte Ereignisse Rücksicht zu nehmen ist, der Kalendertag an sich aus der Vereinbarung genau zu berechnen ist.

2. Provision.

Provision des Handlungsgehülfen ist die auf Vereinbarung beruhende Vergütung des Handlungsgehülfen, die er für den Abschluß oder die Vermittelung eines Geschäfts erhält, bestehend aus einem

[10]) Den Ausführungen Staubs im Exkurs zu § 62, daß es auf § 139 BGB. nicht ankomme, sondern in verschiedenen Fällen des HGB. aus der Tendenz des Gesetzes zu schließen sei, daß nur eine einzelne Vorschrift und nicht der ganze Vertrag nichtig sei, vermag ich mich nicht anzuschließen. Eine derartige Tendenz kann den § 139 BGB. nicht aus der Welt schaffen. Übrigens würde dieser Paragraph meist zu demselben Resultate führen.

entweder vereinbarten oder üblichen, meist prozentualen Anteile des aus dem Geschäfte erzielten Geldäquivalentes.

Provision erhält der Handlungsgehülfe nur, wenn dies vereinbart ist. Ist nichts vereinbart, so hat er nur Gehalt im engern Sinne zu beanspruchen. Die Vereinbarung braucht keine ausdrückliche zu sein. Sie kann stillschweigend getroffen werden, konkludente Handlung genügt. So kann zum Beispiel daraus, daß der Prinzipal eine Zeitlang für jedes von dem Handlungsgehülfen vermittelte oder abgeschlossene Geschäft eine Provision gezahlt hat, auf eine stillschweigende Vereinbarung, daß dem Handlungsgehülfen Provision zustehen soll, geschlossen werden.[1]) Wie schon oben dargelegt, kann die Provision als einzige Vergütung dem Handlungsgehülfen zugebilligt werden, sie kann aber auch neben Gehalt oder Tantieme vorkommen. Es kann entweder Vermittelungs- oder Abschlußprovision vereinbart sein oder auch beides in gleicher oder ungleicher Höhe nebeneinander. Dann steht dem Handlungsgehülfen für ein Geschäft, das er abgeschlossen hat, natürlich nur die Abschlußprovision zu. Auf den Provisionsanspruch des Handlungsgehülfen finden nach § 65 HGB. die für den Handlungsagenten geltenden Vorschriften der §§ 81 und 91 Satz 1 HGB. Anwendung.

Die in diesen Paragraphen enthaltenen Vorschriften sind durchgängig dispositiver Natur und gelten nur, falls nichts anderes vereinbart ist.[2])

Nach diesen Bestimmungen bekommt der Handlungsgehülfe

---

[1]) Goldmann S. 320.

[2]) Obwohl dieselben Bestimmungen für die Provision des Handlungsgehülfen und die Provision des Handlungsagenten gelten, sind sie ihrer juristischen Natur nach doch verschieden. Die Provision des Handlungsgehülfen ist Gehalt im weiteren Sinne, d. h. Dienstlohn, die des Handlungsagenten Einnahme aus einem selbständigen Erwerbsgeschäfte. Ebenso Immerwahr S. 127. Hieraus folgt auch, daß ein bestehender Handelsbrauch zwar auf die Provision des Handlungsagenten nach § 246 HGB., da dieser selbständiger Kaufmann ist, Anwendung finden kann, nicht aber auf die Provision des Handlungsgehülfen, der lediglich Angestellter ist. Für dessen Provision greifen die Vorschriften des § 59 HGB. Platz, nach denen mangels Vereinbarung lediglich der Ortsgebrauch am Orte der Handelsniederlassung anzuwenden ist.

eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, das durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist. Darnach erhält er die Provision nicht nur, wenn er das Geschäft selbst abgeschlossen hat, sondern auch, wenn er nur vermittelt hat.[3]) Das ist meines Erachtens der Sinn der Vorschrift des § 88 Abs. 1, Satz 1, wonach das Geschäft „durch seine Tätigkeit zustande gekommen" sein muß.[4]) Das Gesetz hat damit nicht sagen wollen, daß jede, auch die entfernteste ursächliche Beziehung der Tätigkeit des Handlungsgehülfen zum Erfolge den Provisionsanspruch auslösen soll.[5]) Es sollte, wie sich aus dem ganzen Zusammenhange ergibt, namentlich aus der in § 84 HGB. enthaltenen Begriffsbestimmung des Handlungsagenten (zu vermitteln und abzuschließen) lediglich ein einheitlicher Ausdruck für diese beiden Worte gefunden werden. Eine tiefere Bedeutung ist den Worten „durch seine Tätigkeit zustande kommen" nicht beizulegen. § 88 HGB. will lediglich klar legen, welche Vergütung der Handlungsgehülfe für seine in § 84 HGB. fixierte Tätigkeit fordern kann. Dabei liegt es dem § 88 HGB. vollkommen fern, über § 84 HGB. hinauszugehen. Das geht auch aus Satz 2 des § 88 HGB. hervor, in dem die „Tätigkeit" wiederum in „Vermittelung" und „Abschließung" zerlegt wird. Man muß also, wenn man feststellen will, ob ein Geschäft provisionspflichtig ist, stets untersuchen, ob das betreffende Geschäft vom Handlungsgehülfen vermittelt oder abgeschlossen ist. Bei dem Begriff „abschließen" können Zweifel kaum auftauchen.

Zur Vermittelung ist zunächst erforderlich, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Handlungsgehülfen und dem Abschlusse des Vertrages vorhanden ist, d. h., daß der Abschluß des Vertrages auf die Tätigkeit des Handlungsgehülfen zurückzuführen ist. Dabei ist es aber nicht nötig, daß der Erfolg ausschließlich durch die Tätigkeit des Handlungsgehülfen herbeigeführt worden ist. Ist neben ihm der Geschäftsherr tätig geworden, so

---

[3]) Ebenso Immerwahr S. 138.

[4]) Ebenso Staub § 88, Anm. 2.

[5]) Anders Düringer-Hachenburg S. 505, Horrwitz S. 85, Makower S. 250, Goldmann S. 412 f.

kann dennoch der erforderliche Kausalzusammenhang gegeben sein.[6]) Es liegt aber nicht bei jedem Kausalzusammenhang eine „Vermittelung" vor. Man muß, wie dies § 652 BGB. tut, unterscheiden zwischen dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages und der Vermittelung. Der Handlungsgehülfe kann Provision nicht verlangen, wenn er nur auf ein Geschäft hingewiesen hat,[7]) sonst hätte das Gesetz den Begriff des Handlungsagenten dahin definieren müssen „wer betraut ist . . . . Geschäfte nachzuweisen, zu vermitteln oder abzuschließen". Zur Vermittelung ist erforderlich, daß der Handlungsgehülfe zur wirklichen Herbeiführung des Konsenses mitgewirkt hat.[8]) Er muß mit beiden Parteien verhandelt haben, diese Tätigkeit muß bis zum Abschlusse des Vertrages eventuell noch darüber hinaus anhalten, ein bloßes Zubringen genügt nicht.[9]) Es ist aber auch nicht erforderlich, daß der Handlungsgehülfen gerade beim formellen Vertragsabschlusse selbst zugegen ist.[9]) Unrichtig ist es, wenn Düringer-Hachenburg[10]) sagen, es genüge eine noch so geringe ursächliche Beziehung, und Jacusiel[11]) behauptet, die Tätigkeit brauche nicht bis zum Abschlusse des Vertrages gedauert zu haben, es genüge die bloße Zuweisung. Daß dies nicht richtig ist, geht auch aus §§ 93, 94 HGB. hervor. Dort ergibt sich aus der Verpflichtung, Schlußnoten auszustellen ohne weiteres, daß die Tätigkeit bis zur Erzielung des Konsenses fortzudauern hat. Es ist aber nicht einzusehen, warum in § 93 etwas anderes unter „Vermittelung" zu verstehen sein soll, als in § 84.[12])

Der Handlungsgehülfe kann sonach auch keine Provision fordern für die Geschäfte, die später ohne seine Mitwirkung mit dem von

---

[6]) Jacusiel S. 26, Staudinger S. 1008.

[7]) Anders, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist, s. Lehmann-Ring S. 198.

[8]) Crome S. 409 f.

[9]) Staudinger a. a. O.

[10]) S. 505. Wie Düringer-Hachenburg, Schilling S. 17: „der Handlungsgehülfe brauche nur in einer einzigen Phase tätig geworden zu sein".

[11]) S. 26. Ebenso unrichtig Horrwitz S. 85.

[12]) S. Crome a. a. O.

ihm zugeführten Kunden abgeschlossen werden (sogenannte Nachordres),[13]) denn diese Geschäfte sind nicht von ihm vermittelt, selbst wenn man davon ausgeht, daß der Handlungsgehülfe den Kunden seinem Geschäfte als ständigen Kunden zu gewinnen sucht.

Das Geschäft muß zustande gekommen sein, d. h. zufolge der Tätigkeit des Handlungsgehülfen muß ein bindender Vertrag abgeschlossen worden sein.[14]) Ist das Geschäft aus irgendeinem Grunde nichtig, zum Beispiel wegen Wuchers, Geschäftsunfähigkeit, Unsittlichkeit,[15]) oder wird das Geschäft wegen Irrtums, Täuschung usw. mit Erfolg angefochten, dann liegt kein bindender Vertrag vor.

Hat der Handlungsgehülfe keine Abschlußvollmacht, so kann der Prinzipal nach freiem Ermessen entscheiden, ob er das Geschäft abschließen will oder nicht,[16]) denn dadurch, daß er einen Handlungsgehülfen gegen Provision anstellt, verpflichtet er sich noch nicht dazu, jedes von diesem vermittelte Geschäft abzuschließen. Er darf den Abschluß unterlassen wegen eines in seiner Person eingetretenen Grundes, oder weil ihm das Geschäft nicht vorteilhaft genug dünkt oder auch aus anderen Gründen. Jedoch darf dieses freie Ermessen nicht willkürlich gegen Treu und Glauben ausgeübt werden. Der Prinzipal darf zum Beispiel nicht prinzipiell sämtliche Ordres, die ein Handlungsgehülfe bringt, ohne Prüfung ablehnen.

Die Provision ist aber nicht schon mit dem Zustandekommen des Vertrages verdient, es ist vielmehr als weiteres Erfordernis noch die Bedingung aufgestellt, daß das Geschäft zur Ausführung gekommen sein muß. Nach der Denkschrift ist dies deswegen geschehen, weil es angemessen erschien, den Provisionsanspruch des Agenten bezw. des Handlungsgehülfen in gewissem Umfange von dem tatsächlichen Erfolge des Geschäfts abhängig zu machen, da

---

[13]) Ebenso Staub § 88, Anm. 2, anders Düringer-Hachenburg, Horrwitz, Makower, Goldmann a. a. O.

[14]) Immerwahr S. 133.

[15]) Staudinger S. 505.

[16]) Lehmann-Ring S. 198, Immerwahr a. a. O. OLG. Hamburg in OLGR. 6, S. 189.

dies dann ein wirksamer Antrieb sei, nur Geschäfte mit einwandfreien Personen abzuschließen.[17])

Dabei sollte, wie aus der Denkschrift hervorgeht, nicht etwa verlangt werden, daß das Geschäft von allen Seiten voll erfüllt worden ist. Wenn der § 81 Satz 1 dahin auszulegen wäre, wäre Satz 2 überflüssig gewesen. Es liegt aber in dem Erfordernisse der Geschäftsausführung mehr als in dem Erfordernisse der Perfektion des Vertrages. Wenn man mit Staub[18]) sagt: „Es muß der Erfolg, der von der Tätigkeit des Agenten erwartet wird, eingetreten sein", so ist das sehr unbestimmt. Darunter kann man sowohl den Endzweck, nämlich Eingang der Zahlung und Erzielung eines Gewinnes,[19]) als auch nur den Abschluß des Vertrages verstehen, und beides ist offenbar nicht gemeint. Richtig ist es, wenn man mit Makower[20]) unter „Ausführung" die beiderseitige Erfüllung der wesentlichen Vertragsbestimmungen versteht, so daß der Vollzug des Geschäfts mindestens begonnen haben muß.[21]) Vor allem muß der Vollzug auch auf seiten des Gegenkontrahenten begonnen haben. Es ergibt sich dies aus dem oben erwähnten Zwecke dieser Bestimmung, die Solidität des Geschäfts für den Geschäftsherrn zu sichern. Dies kann nur erreicht werden, wenn die Provision in gewissem Umfange von der Erfüllung seitens des Gegenkontrahenten abhängig gemacht wird.[22]) Zu weit geht meines Erachtens Lehmann-Ring a. a. O., wenn er zu § 88 HGB. behauptet, daß die Bestimmungen über den Verkaufsagenten nur die Anwendung des Grundgedankens der vorhergehenden Bestimmungen in Abs. 1, Satz 1 seien und daß auch ein Handlungsgehülfe bezw. Agent, dessen Tätigkeit nicht in Vermittelung oder Abschließung

---

[17]) Denkschrift S. 70.

[18]) § 88, Anm. 3.

[19]) So faßt Immerwahr S. 134 die Worte Staubs auf und schließt sich ihm an. Immerwahr nimmt an, daß der dritte Kontrahent die von ihm übernommenen Verpflichtungen voll erfüllt haben muß.

[20]) S. 251.

[21]) Düringer-Hachenburg S. 506.

[22]) Lehmann-Ring S. 198.

von Verkäufen bestehe, Provision erst nach Eingang der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrages fordern könne. Dann wäre Satz 2, wie oben ausgeführt, vollkommen überflüssig gewesen.

Der Handlungsgehülfe, der einen Versicherungsvertrag vermittelt hat, kann sonach nicht, wie Staub meint, die Provision schon verlangen, wenn der Vertrag abgeschlossen ist, sondern erst, wenn zum mindesten die erste Prämie gezahlt ist.[23])

Diejenigen Handlungsgehülfen, deren Tätigkeit in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen besteht, erwerben den Anspruch auf Provision erst nach dem Eingang der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrages (§ 88 Abs. 1, Satz 2). Es ist deswegen angeordnet, weil bei diesen die Gefahr besonders nahe liegt, daß sie, um die Provision zu verdienen, einem Dritten ohne genügende Prüfung seiner Zahlungsfähigkeit Waren verkaufen und so dem Geschäftsherrn Schaden zufügen.[24])

Die Provision steht dem Handlungsgehülfen zwar erst zu, wenn das Geschäft zur Ausführung gelangt ist und dem „Verkaufshandlungsgehülfen" erst mit Eingang der Zahlung. Dies ist jedoch dahin zu verstehen, daß für den Handlungsgehülfen schon in dem Augenblicke, in dem er das Erforderliche getan hat, ein bedingter Anspruch entsteht, bedingt durch die Ausführung bezw. den Eingang des Geldes.[25]) Dabei ist nicht erforderlich, daß zu der Zeit, zu der das Geld eingeht oder das Geschäft ausgeführt wird, noch das Dienstverhältnis besteht. Beides sind eben nur Bedingungen, die noch eintreten müssen, damit der Anspruch als unbedingter entsteht. Es ist lediglich erforderlich, daß die vom Handlungs-

---

[23]) So Düringer-Hachenburg a. a. O., Lehmann-Ring a. a. O., Albrecht-Tentler S. 112, anderer Meinung Staub a. a. O., Immerwahr S. 134.

[24]) Denkschrift S. 71.

[25]) So Goldmann S. 414, Makower S. 251, Staub § 88, Anm. 4, Düringer-Hachenburg S. 507, OLG. Dresden in D. J. Z. 06, S. 91, Jacusiel S. 24.

gehülfen ausgeübte Tätigkeit noch in die Zeit des Dienstverhältnisses fällt. Auch das Zustandekommen des Geschäfts — es kann dies ja nur bei der Vermittelung in Frage kommen — kann nach Ablauf des Dienstverhältnisses liegen.[26])

Wenn beim „Verkaufshandlungsgehülfen" der Eingang der Zahlung gefordert wird, so ist nicht nötig, daß der Prinzipal in bar befriedigt worden ist. Nimmt er etwas anderes an Erfüllungsstatt an, oder rechnet er auf oder wird gegen ihn aufgerechnet, so steht dies der Zahlung gleich. Er hat die Provision auf jeden Fall in bar zu bezahlen und kann nicht vom Handlungsgehülfen verlangen, daß dieser seinerseits einen Teil dessen, was der Prinzipal angenommen hat, an Erfüllungsstatt auf die Provisionsforderung annehme. Dagegen können Fälle eintreten, in denen der Prinzipal wegen Zahlungsschwierigkeiten des Kunden etwas anderes in Zahlung nehmen oder gar seine Ware zurücknehmen muß, um nicht alles zu verlieren. Unter diesen Umständen kann man nicht verlangen, daß er die volle Provision zahle. Wenn er seine eigene Ware, durch die Verhältnisse gezwungen, zurücknimmt, hat er gar keine Provision zu zahlen.

Wenn der Prinzipal einen Vergleich abschließt, einen Nachlaß gewährt, eine Stundung erteilt, muß der Handlungsgehülfe das gegen sich gelten lassen, sobald es nicht etwa absichtlich zum Nachteile des Handlungsgehülfen geschieht, sondern der Sachlage entsprechend im Geschäftsinteresse. Auch wenn durch die Stundung dann tatsächlich erreicht wird, daß der Kaufpreis nicht eingeht, hat der Handlungsgehülfe keinen Provisionsanspruch, sobald der Prinzipal die Stundung im Geschäftsinteresse gewährt hat. Der Handlungsgehülfe kann nicht verlangen, daß der Prinzipal nur, um ihm die Provision möglichst bald zahlen zu können, schroff gegen die Kunden vorgeht und sie so verliert.[27])

Geht der Betrag nur zum Teil ein, so ist damit der entsprechende Teil des Provisionsanspruches unbedingt zur Entstehung

[26]) Anders Goldmann S. 414.

[27]) Staub § 88, Anm. 7, Düringer-Hachenburg S. 508, anderer Meinung Immerwahr S. 136.

gelangt. Der Prinzipal kann dem Handlungsgehülfen, selbst wenn sicher ist, daß der restliche Betrag nicht eingehen wird, nicht ohne weiteres von der verdienten Provision einen Teil kürzen, es sei denn, daß den Handlungsgehülfen wegen ungenügender Prüfung der Kreditwürdigkeit des Kunden oder aus einem anderen Grunde ein Verschulden trifft und der Prinzipal mit der ihm hieraus zustehenden Forderung in zulässiger Weise aufrechnet. Es ist dies zwar ausdrücklich nur für die „Verkaufshandlungsgehülfen" bestimmt. Bei den anderen Handlungsgehülfen war eine dementsprechende Bestimmung aber nicht erforderlich, da die Entstehung des Anspruches dort vom Eingange des Geldes nicht abhängig gemacht ist.

Ausnahmsweise kann der Handlungsgehülfe die Provision verlangen, ohne daß das Geschäft ausgeführt worden ist, nämlich dann, wenn die Ausführung ganz oder teilweise infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn unterblieben ist, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit dem das Geschäft abgeschlossen ist (§ 88 Abs. 2 HGB.). Auch hier ist das Zustandekommen des Geschäfts Voraussetzung. Hierfür gelten dieselben Grundsätze wie oben. Die Ausführung ist nur dann infolge Verhaltens des Prinzipals unterblieben, wenn dieser oder seine Angestellten die Nichtausführung des Geschäfts verschuldet oder zum mindesten in freier Entschließung ohne wichtigen Grund herbeigeführt haben.[28])

Der Handlungsgehülfe erhält demnach keine Provision, wenn die Ausführung unmöglich wird, ohne daß den Prinzipal ein Verschulden trifft, zum Beispiel bei Fabrikbrand[29]) oder Untergang der Sache[30]) oder Erlaß eines Einfuhrverbotes u. dergl.

Das Verschulden kann darin liegen, daß der Prinzipal nicht rechtzeitig oder mangelhaft geliefert und der Besteller deswegen die Waren nicht angenommen oder zurückgesandt hat, jedoch kann in

---

[28]) Düringer-Hachenburg S. 508 f., RG. Bd. 63, S. 71, J. W. 06, S. 399, OLG. Hamburg in OLGR. 10, S. 237, Immerwahr S. 135.

[29]) Ebenso Makower S. 252, Immerwahr S. 137, anders Jacusiel S. 22.

[30]) R. G. Bd. 36, S. 200.

diesem Falle ein Verschulden nicht angenommen werden, wenn der Prinzipal von seinem Lieferanten, dessen Leistungsunfähigkeit er nicht kannte, selbst im Stiche gelassen worden ist,[31]) oder wenn der Lieferant direkt an den Besteller geliefert und der Prinzipal die Waren nicht gesehen hat, sonach die Mängel nicht entdecken konnte.

Auch wenn die Ausführung aus Willkür oder im Einverständnisse mit dem Besteller ohne Grund in der Person des Gegenkontrahenten unterblieben ist, ist die Provision verdient.[32]) Jedoch darf man hierbei nicht zu weit gehen. Es kann der Fall auch so liegen, daß der Prinzipal, um einen alten Kunden nicht einzubüßen, geradezu gezwungen ist, von der betreffenden Leistung abzusehen. In diesem Falle kann der Handlungsgehülfe keine Provision verlangen.

Das Verschulden des Geschäftsherrn kann aber auch schon bei Abschluß des Geschäfts liegen, so, wenn der Prinzipal eine Eigenschaft der Ware zusichert, die diese überhaupt nicht hat, und der Käufer deswegen vom Kaufe zurücktritt,[33]) oder wenn der Prinzipal durch sein schuldhaftes Verhalten Grund zur Anfechtung des Geschäfts gibt.[34])

Als wichtige Gründe, die den Prinzipal berechtigen, ein abgeschlossenes Geschäft nicht auszuführen, sind insbesondere anzusehen schikanöses und ehrenrühriges Verhalten in früheren Fällen, bei Kreditgeschäften Zahlungsunfähigkeit, auch überzeugende Auskünfte über mangelnde Bonität, selbst wenn die Firma tatsächlich zahlungsfähig sein sollte.[35]) Es ist die Frage im einzelnen Falle nach richterlichem Ermessen zu entscheiden. Die Entscheidung hängt von dem wirtschaftlichen Zwecke des betreffenden Vertrages ab.[36])

[31]) RG. in J. W. 06, S. 399.

[32]) RG. in D. J. Z. 03, S. 550.

[33]) Lehmann-Ring S. 199.

[34]) OLG. Hamburg im Recht 07, S. 765.

[35]) Immerwahr S. 135, Gutachten der Berliner Ältesten v. 16. II. 98 bei Dove u. Apt I, S. 41.

[36]) Wenn der Handlungsgehilfe behauptet, daß die Ausführung infolge des Verhaltens des Prinzipals unterblieben sei und er demnach die Provision verdient habe, so ist er für diese Behauptung beweispflichtig, da diese Behauptung

Die Höhe der Provision bestimmt sich, wenn nichts vereinbart ist, nach der Üblichkeit, und zwar kommen die Sätze in Frage, die an dem Orte des Gewerbebetriebes üblich sind. Die Höhe ist nach dem Betrage zu berechnen, den der Prinzipal aus dem Geschäfte als Gegenleistung erhält, also nach Abzug von Dekorts und Skonti, Fracht und Zöllen, die der Prinzipal zu zahlen hat.[37]) Die Provision wird, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist, ohne Rücksicht darauf ausgezahlt, ob der Prinzipal aus dem Geschäfte Gewinn gezogen hat oder nicht. Es handelt sich hier also im Zweifel um eine Vergütung, die nach Maßgabe des Wertes der Dienstleistung entrichtet wird, und nicht um die partiarische Provision, die nach dem für den Prinzipal aus dem Geschäfte erzielten Gewinn berechnet wird.[38])

Wenn nichts anderes vereinbart ist, ist am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres abzurechnen, in diesem Augenblicke wird die Provision demnach erst fällig.[39])

Es kann dem Handlungsgehülfen vom Prinzipal auch von vornherein ein bestimmter Bezirk zugewiesen und vereinbart werden, daß er auch Provision von den Geschäften erhalten soll, die in diesem Bezirke ohne seine Mitwirkung durch den Prinzipal oder von einem anderen für diesen geschlossen worden sind. In diesem Falle finden auch die Vorschriften der §§ 89 und 91, Satz 2 HGB. Anwendung, obwohl sie in § 65 HGB. nicht mit zitiert sind. Diese Vorschriften sind nur deswegen in § 65 nicht mit erwähnt, weil die in § 89 enthaltene Auslegungsregel auf den Handlungsgehülfen mit Rücksicht auf dessen abhängige Stellung nicht ohne weiteres

---

zu den klagbegründenden Tatsachen gehört. Er muß entweder Ausführung behaupten oder zufolge schuldhaften Verhaltens des Prinzipals unterbliebene Ausführung, da durch Zufall unterbliebene Ausführung für ihn keinen Anspruch auslöst. Ebenso Immerwahr S. 137, Jacusiel S. 25. Hat der Prinzipal einen Vergleich mit dem Gegenkontrahenten geschlossen, so muß der Handlungsgehülfe dartun, daß den Prinzipal bei Abschluß dieses Vergleiches ein Verschulden trifft.

[37]) Immerwahr S. 150.

[38]) Crome S. 173 f.

[39]) Ebenso Immerwahr S. 149.

gesetzlich Anwendung finden sollte.[40]) Die Denkschrift steht auf dem Standpunkte, daß die Anwendung der §§ 89 und 91, Satz 2 sich von selbst ergebe, wenn zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Prinzipal eine derartige Vereinbarung getroffen würde. Diese Vereinbarung kann natürlich auch stillschweigend erfolgen.

Da der Handlungsgehülfe gewöhnlich nicht in der Lage ist, in dem vollen Umfange den Provisionsanspruch festzustellen, zumal er nur in den seltensten Fällen wissen wird, welche Aufträge ausgeführt worden sind, ob Abschlüsse rückgängig gemacht, wie hoch die Fakturenbeträge sich belaufen, in welcher Höhe Gegenleistung eingegangen ist u. dergl., gibt das Gesetz in § 91 HGB. dem provisionsberechtigten Handlungsgehülfen das Recht, von dem Prinzipal die Mitteilung eines Buchauszuges zu verlangen. In diesem Auszuge müssen sämtliche Geschäfte enthalten sein, von denen der Handlungsgehülfe Provision zu fordern berechtigt ist, also auch eventuell die direkten und nicht nur die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen. Insofern ist der Wortlaut des § 91 ungenau.[41]) Es ergibt sich dies ohne weiteres aus dem Zwecke des Auszuges. In dem Auszuge müssen nicht nur die zur Ausführung gelangten, sondern auch die noch schwebenden Geschäfte enthalten sein.[42]) Wenn Staub[43]) daraus, daß der Auszug zur Vorbereitung der Abrechnung dienen soll, folgert, daß nur die zur Ausführung gelangten Geschäfte verzeichnet zu sein brauchten, so ist dies abwegig. Zunächst steht in § 91 ausdrücklich „über die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäfte". Daß das Gesetz zwischen „Zustandekommen" und „Ausführen" streng unterscheidet, geht aus § 88 HGB. hervor.[44]) Ferner nützt der Auszug dem Handlungsgehülfen gar nicht allzuviel, wenn in ihm nur die nach Ansicht des

[40]) Denkschrift S. 59.

[41]) So Staub § 91, Anm. 1, Düringer-Hachenburg S. 514, Goldmann S. 424, Immerwahr S. 156.

[42]) Ebenso Düringer-Hachenburg S. 514, Berliner Ältesten bei Apt I, S. 57, Nr. 44 und S. 58, Nr. 46, K. G. in K. G. Bl. 05, S. 104, Jacusiel S. 34, Goldmann S. 425, Ritter S. 110.

[43]) a. a. O. Ebenso Gareis S. 107 und Immerwahr S. 156.

[44]) Siehe Goldmann a. a. O.

Prinzipals ausgeführten oder durch Zahlung erledigten Geschäfte enthalten sind. Er kann dann gar nicht nachprüfen, warum von bestimmten Geschäften keine Provision gezahlt wird, ob deswegen, weil Zahlung nicht eingegangen oder das Geschäft noch gar nicht ausgeführt ist. Außerdem werden oft Zweifel bestehen, ob ein Geschäft als provisionspflichtig in den Auszug aufzunehmen ist oder nicht. Die Entscheidung dieser Frage kann man dem Prinzipal nicht allein überlassen. Der Auszug soll dem Handlungsgehülfen ein vollständiges Bild über die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen, noch nicht abgerechneten Geschäfte verschaffen. Es müssen die Namen der Gegenkontrahenten, die Preise, die gelieferten Mengen von Waren, der Eingang von Zahlungen usw. genau angegeben werden. Der Prinzipal wird auch die Gründe zu vermerken haben, warum die Ausführung unterblieben ist.[45])

Entspricht der Buchauszug obigen äußeren Anforderungen nicht, so kann der Handlungsgehülfe Ergänzung verlangen. Genügt der Auszug aber diesen Anforderungen, so kann er nicht unter der Behauptung, der Auszug sei sachlich unvollständig, ohne weiteres Vorlegung von Belegen oder Geschäftsbüchern fordern.[46]) Der § 45 HGB. bestimmt zwar, daß im Laufe des Rechtsstreits auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei angeordnet werden kann. Hierzu sind aber bestimmte Behauptungen nötig, es muß gesagt werden, was in dem Auszuge fehlt, welche provisionspflichtigen Geschäfte nicht gebucht sind. Ein anderer Antrag wäre als nicht genügend spezialisiert zurückzuweisen.[47])[48])

---

[45]) Düringer-Hachenburg S. 514, Albrecht-Tentler S. 148, Immerwahr S. 157, Liebrecht in v. Schulz S. 195.

[46]) Immerwahr S. 157, ROH. G. 18, S. 1.

[47]) Ebenso Jacusiel S. 36, J. W. 96, S. 699, Bolze 13, Nr. 377, Immerwahr S. 158. Dies berücksichtigt Fuld S. 34 nicht.

Das gegen den Prinzipal ergehende Urteil auf Erteilung eines Buchauszuges wird nach § 888 der CPO. vollstreckt und nicht, wie Jacusiel S. 35 und Liebrecht in v. Schulz S. 176 behaupten, nach § 887 der CPO. Es liegt hier eine Handlung vor, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann. Darnach wird der Prinzipal zur Erteilung des Auszuges durch Geld- oder Haftstrafen angehalten. — [48]) Früher gab man dem provisionsberechtigten Handlungs-

Der Buchauszug ist bei der Abrechnung zu erteilen, also am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres. Wenn es auch richtig ist, daß diese Bestimmung nicht derart streng auszulegen ist, daß gleichzeitig mit der Halbjahrswende Geld und Buchauszug eintreffen müssen, so ist doch die Ansicht von Staub, daß ein Gesamtauszug dann nicht zu erteilen ist, wenn regelmäßig Einzelauszüge erteilt werden,[49]) unrichtig. Die Absicht dieser Bestimmung ist die, daß der Handlungsgehülfe eine Gesamtübersicht erhalten soll, wie es mit den von ihm vermittelten Geschäften steht. Die bekommt er nur durch einen Gesamtbuchauszug und nicht durch die einzelnen Nachrichten über einzelne effektuierte Geschäfte.[50]) Daher ist es meines Erachtens auch nicht richtig, wenn Düringer-Hachenburg sagen, daß dann, wenn über die erledigten Geschäfte Einzelauszüge erteilt werden, der am Ende des Kalenderhalbjahres zu erteilende Auszug sich auf die noch nicht erledigten Geschäfte beschränken dürfe. Der Handlungsgehülfe ist nicht verpflichtet, sich das alles selbst zusammenzusuchen, sondern kann eine einheitliche Aufstellung verlangen.

---

gehülfen allgemein das Recht, Vorlegung der Handelsbücher auch außerhalb des Prozesses zu verlangen, und begründete dies mit den in den Handelskreisen hierüber herrschenden Anschauungen als selbstverständlichem Ausfluß des Provisionsforderungsrechts (Entscheidung des ROHG. 1, S. 193, J. W. 91, S. 474, Entscheidung des RG. bei Bolze 7, Nr. 513, 13, Nr. 277, 20, Nr. 420). Jetzt, nachdem dem Handlungsgehülfen in § 91 ausdrücklich das Recht zugebilligt worden ist, einen Buchauszug zu verlangen, und von dem Rechte, die Handelsbücher einzusehen, nichts erwähnt ist, ja die Denkschrift S. 79 ausdrücklich sagt, daß dies nicht erforderlich sei, da dies dem Geschäftsherrn nicht ohne richterliche Anordnung zugemutet werden könnte, wird man den früheren Standpunkt nicht mehr aufrecht erhalten können, obwohl der § 42 HGB. für die direkten Geschäfte dem Handlungsgehülfen meist nicht hilft, da dieser gar nicht in der Lage ist, bestimmte Anträge zu stellen (Staub § 91, Anm. 4).

[49]) Wie Staub § 91, Anm. 3, Immerwahr S. 157, der sich hierfür auf alte, nach Einführung des § 91 nicht mehr maßgebende Reichsgerichtsentscheidungen beruft.

[50]) Ebenso Jacusiel S. 35.

3. Tantieme.

Die Tantieme ist der dem Handlungsgehülfen vereinbarungsgemäß zustehende, meist prozentuale Anteil am Geschäftsgewinn. Sie ist die modernste Art der Vergütung, eine Vergütung, die auch in sozialpolitischer Beziehung insofern von Bedeutung ist, als sie eine gerechtere Verteilung des Arbeitsgewinnes zwischen dem Geschäftsherrn und dem Angestellten ermöglicht und der Angestellte auf diese Weise am besten zu energischer Tätigkeit angespornt wird, um den Geschäftsgewinn und damit seinen Anteil daran möglichst zu erhöhen. Es liegt in diesem Falle ein partiarisches Rechtsverhältnis vor, dessen Rechtscharakter in vollem Umfange zuerst von Crome gewürdigt worden ist.

Diese Art der Vergütung hat sich in Deutschland im Anschluß an das Ausland in der Praxis ausgebildet, ohne daß gesetzliche Bestimmungen bestanden. Auch jetzt ist über die Tantieme des Handlungsgehülfen gesetzlich nichts bestimmt, und zwar weil, wie die Denkschrift[1]) ausführt, die Rechtsprechung auch ohne gesetzliche Anordnung zu billigen Resultaten gelangt ist.

Mangels gegenteiliger Vereinbarung versteht man hier unter Reingewinn den nach Abzug der geschäftsüblichen Abschreibungen sich ergebenden Nettogewinn[2]) des betreffenden Geschäftsjahres. Auch bei Aktiengesellschaften ist die Tantieme des Handlungsgehülfen im Zweifel von dem Reingewinn zu berechnen, der sich nach der Bilanz als der Ertrag des betreffenden Geschäftsjahres ergibt, und nicht von dem abweichenden Ergebnisse der Vermögensbilanz.[3]) Es wird dabei jedes Geschäftsjahr selbständig für sich berechnet, ohne daß Abzüge wegen Verlustes im vorhergehenden Geschäftsjahre gemacht werden könnten.

Die Berechnung erfolgt nach gleichen Grundsätzen wie bei der offenen Handelsgesellschaft. § 120 f. HGB., d. h. jedoch lediglich,

---

[1]) S. 59.

[2]) Crome S. 235 f.

[3]) Crome S. 218, Entscheidung des RG. 11, S. 160 f.

daß der Gewinnanteil des commis intéressé genau so auszurechnen ist, als ob er Gesellschafter zu dem vereinbarten prozentualen Satze wäre. Juristisch stellt sich sein Anspruch nicht etwa als Gesellschafteranspruch dar. Auch die Tantieme des Handlungsgehülfen ist Vergütung, d. h. Anspruch aus Dienstvertrag, nicht Gesellschafteranspruch. Es sind nur die erwähnten Bestimmungen über Berechnung des Gesellschaftergewinnes mangels anderer gesetzlichen Bestimmungen analog anzuwenden, aber nur in beschränktem Maße. Insoweit, als diese Bestimmungen ein wirklich bestehendes Gesellschaftsverhältnis voraussetzen, finden sie nicht Anwendung.[4]) So zum Beispiel § 121 Abs. 1 HGB., nach dem jeder Gesellschafter zunächst 4 % Zinsen von seinem Kapitalanteile erhält.[5]) Die Tantieme des Handlungsgehülfen berechnet sich nach dem Reingewinn ohne Rücksicht darauf, wem das im Geschäfte arbeitende Kapital gehört und wie es verzinst wird. Sein Anteil wird vom Nettogewinn ohne Vorabzug des Kapitalzinses des Prinzipals berechnet.[6]) Der Handlungsgehülfe kann ohne Rücksicht darauf, ob dies zum Schaden des Geschäfts ist oder nicht, am Schlusse des Geschäftsjahres Auszahlung der Tantieme verlangen, während der Gewinn des Gesellschafters grundsätzlich zugeschrieben wird. Auch im folgenden ergibt sich ein Unterschied in der Berechnung des Gesellschaftergewinnes und der Tantieme: Wenn der Handlungsgehülfe nur gegen Tantieme angestellt ist, nnd es ist in einem Jahre ein Ertrag überhaupt nicht erzielt, so wird man dem Handlungsgehülfen doch ein angemessenes Gehalt zubilligen müssen. Dies gilt als stillschweigend vereinbart, da es bei Vertragsabschluß offenbar nicht die Absicht der Parteien war, dem Handlungsgehülfen für seine Arbeit nichts zukommen zu lassen.[7]) Der Gesellschafter dagegen erhält in demselben Falle nichts.

---

[4]) Staub § 65, Anm. 4.

[5]) Ebenso Staub a. a. O., RG. in J. W. 00, S. 18, Düringer-Hachenburg S. 410.

[6]) Crome S. 235.

[7]) Crome S. 206 f., vergl. Makower S. 196, Horrwitz S. 93. Anders ROHG. 17, S. 276, RG. 20, S. 166, J. W. 00, S. 18.

Der Handlungsgehülfe wird durch die Tantieme nicht Gesellschafter. Es widerspricht dies seiner Stellung als Handlungsgehülfe. Bei einer Gesellschaft tun sich zwei oder mehrere zusammen, um einen gemeinschaftlichen Zweck zu erreichen und sich dadurch gegenseitig zu fördern, sie stehen einander als gleichberechtigt gegenüber. Bei dem Quotaldienstvertrage verfolgt jeder sein Sonderinteresse, das allerdings dem Interesse des andern teilweise parallel geht, sie wirken nicht als Genossen zusammen. Der Gehülfe bleibt auch bei dem Quotaldienstvertrage ein Angestellter, er hat den Weisungen des Prinzipals allenthalben Folge zu leisten, hat keinen Einfluß auf die Art der Arbeit und die Leistung des Geschäfts, kein Recht, dem Prinzipal Ratschläge zu geben oder seine Anordnungen zu kritisieren.[8]) Er kann nicht widersprechen, wenn der Prinzipal das Geschäftskapital in ein gewagtes Unternehmen stecken will, kann dem Prinzipal nicht vorwerfen, daß er die Geschäfte nachlässig geführt[9]) und dadurch den Gewinn verringert habe. Der Prinzipal kann auch ohne Einwilligung des Handlungsgehülfen beliebig viel Geld einlegen und beliebig viel Darlehne aufnehmen, auch wenn sich die Tantieme des Handlungsgehülfen dadurch erheblich verringert. Anders liegt die Sache nur dann, wenn der Prinzipal eine derartige Maßnahme deswegen vornimmt, um die Tantieme des Handlungsgehülfen zu schmälern. Dann braucht der Handlungsgehülfe diese Maßnahme nicht gegen sich gelten zu lassen.

Wenn der Prinzipal das Geschäft verkauft, kann der Handlungsgehülfe nicht etwa von dem Erlöse einen Prozentsatz verlangen, da er nur Anteil an dem Betriebsgewinne bestimmter Geschäftsperioden hat,[10]) wohl aber erhält er den Betrag, den er während der noch rückständigen Vertragsdauer vermutlich an Tantieme erhalten hätte.

Dem commis intéressé muß, um sein Recht durchsetzen zu können, Gelegenheit gegeben werden, sich von dem Geschäftsstande

---

[8]) Crome S. 149 f., S. 164, S. 180 f.

[9]) Lehmann-Ring S. 155.

[10]) Bolze 10, Nr. 428, K. G. in D. J. Z. 01, S. 50.

zu überzeugen. In größeren Geschäften wird meist vertraglich hierüber etwas bestimmt sein. Oft werden Vertrauensmänner eingesetzt, die die Richtigkeit der Bilanz für sämtliche Angestellte mit bindender Kraft zu prüfen haben. Als gültig muß man auch die Bestimmung ansehen, daß die Jahresbilanz unbedingt ohne Nachprüfung rechtswirksam sein soll. Ist durch Vertrag über das Prüfungsrecht nichts bestimmt, so muß man, da hierfür entgegen der Bestimmung beim provisionsberechtigten Handlungsgehülfen gesetzliche Anordnungen nicht getroffen sind, dem commis intéressé soviel Recht einräumen, als er nach billigem Ermessen zur Durchführung seiner Ansprüche bedarf. Sonach hat er zwar nicht das Recht, sich jederzeit von den Angelegenheiten des Geschäfts zu unterrichten, jederzeit die Bücher und Papiere einzusehen,[11]) wohl aber ist er berechtigt, zur Zeit der Fälligkeit der Forderung die Bilanz an der Hand der Bücher, Inventuren und Papiere zu prüfen. Diese Prüfung ist jedoch nur darauf zu erstrecken, ob alles in die Bilanz aufgenommen ist, was aufzunehmen war, nicht etwa auf die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung.[12]) Notizen darf sich der Handlungsgehülfe nur machen, soweit sie zu obigem Zwecke unbedingt erforderlich sind. Weitergehende Ansprüche sind dem Handlungsgehülfen nicht zuzubilligen. So kann er nicht Beibringung von Belegen für die einzelnen Ansätze verlangen, er darf die Bücher auch nicht zum Zwecke der Anfertigung einer selbständigen Bilanz einsehen.[13]) Einen Einblick in den gesamten Geschäftsbetrieb und die gesamte Geschäftsführung braucht der Prinzipal sich nicht gefallen zu lassen.

Das Recht, die Bilanz und Bücher einzusehen, steht dem Handlungsgehülfen nur in Person zu, Sachverständige darf er nur insoweit hinzuziehen, als er ohne deren Hilfe seine Tantieme nicht festsetzen kann.[14])

---

[11]) Lehmann-Ring S. 155.

[12]) O. L. G. Stuttgart in Z. f. ges. HR. 42, S. 514.

[13]) ROHG. 17, S. 276, Bolze 10, Nr. 226, RG. in J. W. 87, S. 290, 94, S. 317, 97, S. 57 und 03, S. 273, Bolze 4, Nr. 677, 13, Nr. 182.

[14]) Staub zu § 65, Anm. 5, OLG. Posen in OLGR. 8, S. 95.

Die Art der Bilanzanfertigung, zum Beispiel das Abschätzen von Aktiv- oder Passivposten kann nur dann vom Handlungsgehülfen angefochten werden, wenn sie offenbar unbillig ist oder wenn die falsche Anfertigung arglistig oder willkürlich erfolgt ist.[15]) Solange der Prinzipal also nach billigem Ermessen die Bilanz anfertigt, muß der Handlungsgehülfe sie gegen sich gelten lassen. Wenn ein Wertansatz nicht richtig, aber von dem betreffenden Geschäfte seit Jahren üblich ist, kann der Handlungsgehülfe ihn nicht anfechten.[16]) Anderer Meinung ist Horrwitz, der auch bei objektiver Unrichtigkeit dem Handlungsgehülfen ein Anfechtungsrecht gibt.[17])

Tritt der Handlungsgehülfe im Laufe des Jahres aus, so kann er die Tantieme erst am Schlusse des Geschäftsjahres fordern und zwar anteilig auf Grund der Jahresbilanz und nicht etwa auf Grund einer für die Zeit seiner Beschäftigung innerhalb des letzten Geschäftsjahres extra anzufertigenden Bilanz.[18]) Andere Vereinbarungen sind nicht ausgeschlossen. Sie können sich aus den besonderen Umständen ergeben, zum Beispiel der Ausbedingung stärkerer Arbeitsleistung in gewissen Monaten.

Entsprechendes gilt, wenn der Handlungsgehülfe im Laufe des Geschäftsjahres eintritt.

4. Gratifikation.

Gratifikation ist das Entgelt, das dem Handlungsgehülfen bei einer bestimmten Gelegenheit, meist zu Weihnachten oder Neujahr oder für den Fall besonderer Auszeichnung gegeben wird. Ist eine Gratifikation nicht versprochen, sondern wird sie freiwillig

---

15) OLG. Hamburg in OLGR. 2, S. 248, K. G. in KG. Bl. 03, S. 7, Staub zu § 65, Anm. 9, Makower S. 197, Neukamp beschränkt das Anfechtungsrecht des Handlungsgehülfen meines Erachtens zu Unrecht auf den Fall, daß der Prinzipal die Schädigung beabsichtigt hat.

16) Makower S. 197.

17) Horrwitz S. 93.

18) Staub zu § 65, Anm. 6, Ritter S. 110, Cosack S. 91, vergl. das dort gegebene Beispiel. OLG. Hamburg in D. J. Z. 98, S. 476, Crome S. 250, Lehmann-Ring S. 155.

gegeben, so hat der Handlungsgehülfe keinen Anspruch auf sie. Sie ist dann als eine Schenkung anzusehen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[1]) (§ 534 BGB.). Letzteres leugnet Horrwitz. Er sagt, mit § 534 BGB. seien solche Geschenke nicht gemeint, die nur üblich wären. Das ist aber unrichtig. Trinkgelder an Straßenbahnschaffner und Kellner fallen auch unter diese Kategorie der Schenkung und sind doch auch nichts weiter als üblich. Die Worte „sittliche Pflicht und eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht" sind nicht zu eng auszulegen.

Liegt dagegen eine Vereinbarung vor, zufolge deren zu Weihnachten oder Neujahr Gratifikationen gezahlt werden sollen, so kann man meines Erachtens nur in ganz seltenen Ausnahmefällen, wenn besondere Umstände vorliegen, eine Schenkung annehmen. Die vereinbarte Gratifikation ist im allgemeinen als ein Teil der Vergütung und nicht als Schenkung anzusehen.[2]) Streitig ist es, ob darin, daß der Prinzipal jahrelang einem Handlungsgehülfen zu Weihnachten eine Gratifikation gibt, eine stillschweigende Vereinbarung zu erblicken ist. Düringer-Hachenburg sind der Ansicht, daß der Handlungsgehülfe dadurch keinen Rechtsanspruch erwirbt, sie nehmen auch dann eine Schenkung an.[3]) Anderer Ansicht ist das Kfm. G. Berlin K 1.[4]) Meines Erachtens kann man die Frage nicht derart allgemein beantworten, man muß sie von Fall zu Fall entscheiden. Sicher ist, daß auch hier eine stillschweigende Vereinbarung an sich nicht ausgeschlossen ist. Ob sie vorliegt, ist aus den besonderen Umständen, aus der Höhe der Gratifikation, daraus, ob alle in dem

---

[1]) Staub § 59. Anm. 34, Düringer-Hachenburg S. 411, so auch Berliner Handelsbrauch, siehe Dove-Apt 24, Lehmann S. 197, anders Pilz S. 51.

[2]) Ebenso Staub § 55, Anm. 34, Horrwitz S. 68.

[3]) Wie Düringer-Hachenburg Kfm. G. Mannheim in Gew. u. Kfm. G. 11, S. 269, Kfm. G. Berlin in v. Schulz S. 278, Nr. 118.

[4]) In v. Schulz S. 279, Nr. 119. Dieses Urteil der K. 1 des Kfm. G. Berlin steht in direktem Widerspruche mit dem in Anm. 3 zitierten der K. 4 des Kfm. G. Berlin und merkwürdigerweise beziehen sich beide auf Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft.

Geschäfte angestellten Handlungsgehülfen sie erhalten usw. zu schließen.

Wenn die Gratifikation im einzelnen Falle als Schenkung aufzufassen ist, sind die Formvorschriften des § 518 BGB. einzuhalten Rückforderung und Widerruf sind nach § 534 BGB. ausgeschlossen.

Ist sie dagegen als Vergütung anzusehen, so sind Formvorschriften nicht zu beobachten. Sie ist dann, wenn die Höhe nicht vereinbart ist, in ortsüblicher bezw. angemessener Höhe zu leisten.

Tritt der Handlungsgehülfe vor dem Tage (Weihnachten usw.) aus, für den die Gratifikation beschlossen ist, so hat er keinen Anspruch auf dieselbe oder auch nur einen Teil derselben, es sei denn, daß ein gegenteiliger Ortsgebrauch bestehe.[5]) In der Rechtsprechung ist die Frage (natürlich nur insoweit, als die Gratifikation nicht als Schenkung anzusehen ist) bestritten.[6]) Staub behauptet, daraus, daß die Gratifikation als ein Zuschlag zu der Vergütung anzusehen sei, gehe hervor, daß sie anteilig zu zahlen sei. Diese Auffassung wird dem Willen der Partei nicht gerecht. Die Gratifikation ist auch dann, wenn sie Teil der Vergütung ist, nicht als Gehalt anzusehen, das der Prinzipal zunächst innebehält und an einem bestimmten Tage auszahlt, sondern als eine einmalige Abfindung, geknüpft an die Bedingung, daß der Handlungsgehülfe zur Zeit der Auszahlung noch in den Diensten des Prinzipals ist. Man kann sie mit dem Urteile des OLG. Wien als eine Art Prämie für treues Ausharren im Dienste auffassen.[7])

5. Spesen.

Spesen sind die Ausgaben, die der Handlungsreisende für die mit der Reise verbundenen notwendigen Aufwendungen und einen

---

[5]) In Breslau ist im Kolonialgroßhandel anteilige Zahlung üblich, s. Riesenfeld 06, S. 17. In Berlin ist ein Handelsgebrauch nicht festgestellt.

[6]) Wie oben. OLG. Wien in Holdheims M. Schr. 8, S. 270, OLG. Hamburg in OLG. 12, S. 417, Kfm. G. Stettin in Gew. u. Kfm. G. 11, S. 132, Kfm. G. München ebenda, 11, S. 219.

[7]) Wie oben. Düringer-Hachenburg S. 411, Pilz S. 51, anders Horrwitz S. 69 und Goldmann S. 287.

angemessenen Lebensunterhalt sowie für die Repräsentation während der Reise macht.

Darüber, ob dem Handlungsreisenden die Spesen zu erstatten sind, wenn nichts Dahingehendes vereinbart ist und kein Ortsgebrauch besteht, ist gesetzlich nichts bestimmt. Die §§ 670, 675 BGB. können nicht ohne weiteres Anwendung finden, da sie nur über die Auslagen Bestimmungen treffen und Spesen, wie später darzulegen ist, mit den Auslagen nicht identisch sind.

Die Ersatzpflicht richtet sich bei den Spesen mangels Vereinbarung und Ortsgebrauch nach den Verhältnissen des Einzelfalles, wobei die Branche, die der Handlungsgehülfe zu vertreten hat, die Gegenden, die er bereist und die Frage zu berücksichtigen ist, ob die Ware erst eingeführt wird.[1]) Stadtreisenden werden in der Regel keine Spesen vergütet, höchstens, daß ihnen für Fahrten nach Vororten die aufgewendeten Fahrgelder erstattet werden.[2]) Die über die Spesen getroffenen Vereinbarungen können verschiedener Art sein.

Es kann ein fester Satz — oft 20 Mk. pro Tag — vereinbart werden. Dann trifft den Handlungsgehülfen die Gefahr etwaigen Mehrverbrauches, etwa Erspartes ist sein Gewinn. Er braucht in diesem Falle keine Rechnung zu legen. Jedoch hat außergewöhnliche Mehrausgaben, zum Beispiel höhere Transportkosten wegen Zugentgleisung der Prinzipal zu tragen.[3])

Ferner können sogenannte Vertrauensspesen gegeben werden. Dann wird die Berechnung der Spesen in den Grenzen der Angemessenheit der Gewissenhaftigkeit des Reisenden anvertraut. Der Handlungsgehülfe braucht seine Aufwendungen zwar nicht zu spezialisieren und keine Belege vorzulegen, weil in der Natur der Vertrauensspesen ein Verzicht auf genaue Rechnungslegung liegt, er muß aber im allgemeinen die Art und Höhe angeben, damit der

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 417.

[2]) Horrwitz S. 100 und die dort zitierten Gutachten der Ältesten, Ritter S. 108.

[3]) Horrwitz S. 96, Bolze 13, Nr. 392.

Prinzipal in den Stand gesetzt wird, sich vor größeren Übervorteilungen zu wahren.[4]) Der Prinzipal kann dann den Gegenbeweis führen, daß der Reisende mehr berechnet hat, als er im Interesse des Geschäfts verbraucht hat, oder daß die berechneten Spesen unangemessen hoch sind.[5])

Wenn weder feste Spesen noch Vertrauensspesen vereinbart sind, sind nach § 59 HGB. angemessene Spesen zu zahlen. In diesem Falle hat der Handlungsgehülfe Rechnung zu legen und Belege zu unterbreiten. Jedoch darf man hierbei nicht kleinlich vorgehen. Eine Spezifikation bis ins einzelste ist auch hier nicht nötig. Man kann nicht verlangen, daß der Handlungsgehülfe jede Kleinigkeit notiert und die Belege hierfür aufhebt.[6])

Wie schon oben hervorgehoben, sind unter Spesen nicht nur Auslagen zu verstehen, die der Handlungsgehülfe im Interesse des Geschäfts gehabt hat, nicht nur die Transsport-, Reisekosten und der Mehraufwand, vielmehr umfassen die Spesen den gesamten Lebensunterhalt des Handlungsgehülfen während der Reise. Die Spesen sind demnach zum Teil Auslagen, zum Teil die vom Prinzipal gewährte Gegenleistung für die ihm geleisteten Dienste, also Vergütung.[7]) Insoweit, als die Spesen Vergütung sind, hat der Handlungsgehülfe ein Recht darauf, daß er sie in der im Vertrage bestimmten Weise genau wie jede andere Vergütung bezahlt bekommt, also auch dann, wenn der Prinzipal den Handlungsgehülfen vertragswidrig nicht reisen läßt. Es ist zwar richtig, daß der Handlungsgehülfe selbst dann, wenn er zu Kontorarbeiten nicht verpflichtet, also nur als Reisender angestellt ist, keinen Anspruch darauf hat, auf die Tour geschickt zu werden. Er kann hierauf nicht klagen, wohl aber hat er einen Anspruch, daß der Prinzipal ihm alles ersetzt, was er durch den Ausfall der Reise an Vergütung einbüßt.[8]) Der Prinzipal ist nur dann nicht verpflichtet,

---

[4]) Staub § 59, Anm. 37, OLG. Dresden in ZHR. 34, S. 571.

[5]) OLG. Dresden im Recht 03, S. 268, Horrwitz S. 97.

[6]) Horrwitz a. a. O., Bolze 11, Nr. 332.

[7]) Liebrecht in v. Schulz S. 171.

[8]) Ebenso Staub in § 59, Anm. 37, RG. in J. W. 99, S. 230, Bolze 11,

diesen Betrag zu bezahlen, wenn er den Handlungsgehülfen sofort entläßt und hierzu berechtigt ist. Läßt er ihn dagegen von der Reise wegen schlechten Geschäftsganges oder deswegen, weil der Handlungsgehülfe sich zur Reisetätigkeit nicht eignet, zurückkommen, so hat er die in den Spesen enthaltene Vergütung zu zahlen, da er mit der Annahme der Dienste im Verzuge ist.[9])

Inwieweit die Spesen dem reisenden Handlungsgehülfen zu ersetzen sind, ist verschieden, je nachdem ob feste Spesen oder Vertrauensspesen vereinbart sind.

Sind feste Spesen vereinbart, so erhält der Handlungsgehülfe zunächst die Summe, die er an den Spesen bar verdient haben würde. Die Summe ist nach Durchschnittssätzen abzuschätzen und zwar derart, daß man von dem vereinbarten Satze den durchschnittlichen Aufwand von Auslagen für den Prinzipal (Fahrt-, Transportkosten usw.) und den Lebensaufwand des Handlungsgehülfen während der Reise abzieht. Das OLG. Darmstadt[10]) schätzt diesen Reinverdienst bei einem Spesensatze von 16 Mk. täglich auf täglich 2.50 bis 3 Mk. Außerdem erhält der Handlungsgehülfe noch die Summe, die er angemessenerweise für seinen Lebensunterhalt an seinem Wohnorte hat aufwenden müssen.[11])

Nicht richtig ist es, wenn Liebrecht[12]) dem Handlungsgehülfen den Betrag zubilligt, der nach Abzug der Auslagen, die er für den Prinzipal gemacht gemacht haben würde, übrig bleibt. Dann erhält der Handlungsgehülfe zuviel und zwar um soviel, als der Lebensunterhalt auf der Reise mehr kostet als der Lebensunterhalt an seinem Wohnorte.

Nr. 321, KG. in D. J. Z. 99, S. 466 u. in RGLG. 2, S. 311, OLG. Zelle in GOLG. 6, S. 465, OLG. Darmstadt in RGLG. 6, S. 464, 7, S. 148, Kfm. G. Mainz in Gew. u. Kfm. G. 11, S. 151, Horrwitz S. 72, Goldmann S. 288, Düringer Hachenburg S. 416, Boysen in Gew. u. Kfm. G. 11, S. 54.

[9]) Kfm. G. in v. Schulz S. 259, Nr. 93, anders Kfm. G. Stettin in Gew. u. Kfm. G. 11, S. 154.

[10]) RGLG. 6, S. 464.

[11]) K. G. in D. J. Z. 99, S. 466, RGLG. 7, S. 48.

[12]) In v. Schulz S. 172.

Ist der reisende Handlungsgehülfe auf Vertrauensspesen gesetzt, so kann er nur einen angemessenen Betrag zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes an seinem Wohnorte fordern, da er ein bares Verdienst an den Spesen nicht haben soll, sondern nur die für das Geschäft und seinen Lebensunterhalt erwachsenen Kosten berechnen darf.[13])

Die Spesen sind im voraus zu bezahlen, wenn auch nicht gerade vor Beginn der Reise für die ganze Reisezeit, so doch jedesmal für einige Tage oder eine Woche vorher.[14])

Es folgt dies aus den §§ 669, 675 BGB. Nach diesen Paragraphen hat der Prinzipal für die Aufwendungen Vorschuß zu leisten. Nun sind die Spesen zwar, wie oben dargetan, nicht nur Aufwendungen, sondern zum Teil auch Verdienst des Handlungsgehülfen, es ist aber nicht angängig, wegen des Vorschusses bei den Spesen zwischen dem zu unterscheiden, was für den Chef aufgewendet ist und was Verdienst ist.[15]) Nach § 669 ist Vorschuß nur auf Verlangen zu gewähren. Im allgemeinen wird man dies auch bei dem Handlungsgehülfen sagen müssen. Der Prinzipal kann nicht wissen, wie lange die dem Handlungsgehülfen zur Verfügung gestellte Kasse ausreicht. Man kann nicht, wie Liebrecht dies a. a. O. tut, ganz allgemein behaupten, daß schon aus dem Dienstvertrage zu schließen sei, daß der Prinzipal auch ohne Verlangen zu zahlen habe. Der Handlungsgehülfe mag sich ebensogut wie jeder andere Beauftragte an den Prinzipal wenden, wenn er Vorschuß braucht. Richtig ist allerdings, daß es unter besonderen Umständen vorkommen kann, daß der Handlungsgehülfe hierzu nicht in der Lage ist, zum Beispiel, wenn der Prinzipal ihm die Koffer unvermutet zuschickt und verlangt, daß er sofort auf die Reise geht. Doch

---

[13]) Ebenso Liebrecht a. a. O.

[14]) Siehe Düringer-Hachenburg S. 412, Goldmann S. 288, Dove-Apt S. 26, Nr. 64.

[15]) Es ist meines Erachtens kein Widerspruch, wenn man hier § 669 BGB. auch für den Teil der Spesen analog anwendet, der Vergütung ist, dagegen für die Frage, ob überhaupt Spesen zu erstatten sind oder nicht, nicht ohne weiteres § 670 BGB. anwendet.

wird der Handlungsgehülfe in diesem Falle die Pflicht haben, sofort Vorschuß zu fordern, eventuell sogar telegraphisch, so daß es sich immer nur um eine ganz kurze Zeit handeln könnte, die der Prinzipal zu vergüten hätte.

Über die Kasuistik, für welche Reise der Reisende Spesen beanspruchen darf, ob für Probetouren u. dergl., für welche Reisetage die Spesen zu zahlen sind, ob der Reisende zweiter oder dritter Klasse ersetzt verlangen kann u. dergl. siehe Horrwitz S. 98 f. und Goldmann S. 287 f.

III.

Pfändbarkeit der Vergütung und Verfügungsrecht des Handlungsgehülfen über dieselbe.

Durch das Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869 in der Fassung vom 29. März 1897 in Verbindung mit § 850 der der ZPO. ist die Pfändbarkeit des Anspruchs auf die Vergütung und die freiwillige Verfügung des Handlungsgehülfen über diesen Anspruch gesetzlich nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet. Es sind diese Anordnungen aus sozialen Rücksichten getroffen. Es soll die persönliche Leistungsfähigkeit des Menschen, der Hauptfaktor aller Vermögenswerte nicht dadurch untergraben werden dürfen, daß ihm die Früchte seiner Tätigkeit von dritter Seite entzogen werden und er der Schaffensfreudigkeit so beraubt wird. Das Produkt der Arbeitstätigkeit soll in gewisser Höhe zunächst unangefochten in die Hände des Arbeitenden gelangen, damit er in der Lage ist, für sich und die Seinigen daraus für die Zeit bis zur nächsten Gehaltszahlung die unentbehrlichen Lebensbedürfnisse zu befriedigen.[1])

---

[1]) Meyer S. 33.

Nach diesen Bestimmungen darf, abgesehen von einigen Ausnahmefällen (Steuern, Kommunalabgaben, Unterhaltsbeiträgen für Verwandte und Ehegatten, Unterhaltsansprüchen für außereheliche Kinder) die Vergütung des Handlungsgehülfen unbeschränkt nur gepfändet werden insoweit, als der Gesamtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 Mk. für das Jahr übersteigt (§§ 1, 4 Ziffer 4 des LVG.), vorausgesetzt, daß das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Handlungsgehülfen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt.[2]) Ob der Handlungsgehülfe dauernd oder vorübergehend angestellt ist, ist belanglos. Die Vergütung, die unterhalb der Grenze von 1500 Mk. liegt, ist nur dann pfändbar, nachdem die Leistung der Dienste, für die Vergütung geschuldet wird, erfolgt ist und der Tag, an dem die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Handlungsgehülfe das Gehalt eingefordert hat. Der Gesetzgeber nimmt offenbar an, daß der Handlungsgehülfe dann, wenn er das Gehalt stehen läßt, damit dartut, daß er dieses Betrages zum Lebensunterhalte nicht dringend bedarf, so daß damit das Schutzinteresse des Staates wegfällt.

Darüber, wie die freizubleibende Summe von 1500 Mk. zu berechnen ist, besteht Streit. Die einen sagen mit Recht, daß die 1500 Mk. auf die Gehaltsperioden anteilig zu verteilen sind, daß also bei monatlicher Gehaltszahlung das pfändbar ist, was in dem betreffenden Monat über 125 Mk. und bei wöchentlicher Gehaltszahlung das, was in der betreffenden Woche über 28 Mk. 50 Pfg. an Vergütung zu zahlen ist, ohne daß darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob der Handlungsgehülfe demnächst entlassen wird.[3])

Andere vertreten die Ansicht, daß erst in jedem einzelnen Falle zu berechnen ist, ob der Handlungsgehülfe auch in dem betreffenden

---

[2]) Nicht also dann, wenn jemand sich einen Nebenverdienst dadurch verschafft, daß er vielleicht wöchentlich zwei Stunden die Bücher eines Kaufmannes führt.

[3]) So Düringer-Hachenburg S. 413, OLG. Celle, Z. Z. P. 32, S. 400, OLG. Düsseldorf in ROLG. 15, S. 167, Meyer S. 93, S. 118, Sinzheimer im Recht 05, S. 36, Seuffert zu § 850, Note 3, Gaupp-Stein zu § 850, III, 1.

Jahre über 1500 Mk. verdienen wird und dann nur der Betrag, den er ganz bestimmt über 1500 Mk. verdient, als pfändbar anteilig auf die einzelnen Auszahlungsperioden verteilt anzusehen ist.[4]) Diese Ansicht ist falsch. Vor allem ist sie praktisch kaum durchzuführen. Wenn im Januar gepfändet wird, kann der Prinzipal nicht wissen, ob der Handlungsgehülfe Ende des Jahres noch bei ihm ist und ob er in der zweiten Hälfte des Jahres etwas verdient und wieviel. Wenn das OLG. Stettin verlangt, daß der Prinzipal einen etwaigen Überschuß über 125 Mk. bis zum Jahresschlusse zurückbehält, so ist dieser Weg für den Handlungsgehülfen und den pfändenden Gläubiger gleich unbefriedigend, übrigens auch in den Fällen, in denen während des Jahres ein Wechsel des Geschäfts eintritt, ungangbar.

Steht allerdings von vornherein fest, daß der Handlungsgehülfe nur einzelne bestimmte Monate hindurch Gehalt beziehen wird, zum Beispiel bei Reisenden, die nur bestimmte Monate reisen, und daß er Vergütung während der anderen Monate auch von anderer Seite nicht erhalten wird, so sind die 1500 Mk. auf die Monate zu verteilen, während deren er Vergütung erhält.[5])

Bei der Berechnung ist als Vergütung nach § 3 des LVG. jeder dem Berechtigten als Äquivalent für seine Tätigkeit gebührende Vermögensvorteil anzusehen. Es fallen darunter Gehalt, Provision,[6]) Tantieme,[7]) zugesicherte Weihnachts- und Neujahrs-Grati-

---

[4]) So Petersen zu § 850, Anm. 5a, OLG. Posen in ROLG. 4, S. 154 und OLG. Stettin in ROLG. 6, S. 419.

[5]) Düringer-Hachenburg S. 413, OLG. Düsseldorf in ROLG. 15, S. 168, Meyer S. 118. Düringer-Hachenburg weisen mit Recht darauf hin, daß der Prinzipal bei dieser bestrittenen Rechtslage Gefahr läuft, doppelt bezahlen zu müssen, und daß es daher Sache der Gerichte ist, in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse genau anzugeben, ob schlechthin der Betrag über 125 Mk. gepfändet wird oder die 125 Mk. übersteigende Jahresquote.

[6]) OLG. Stettin in ROLG. 6, S. 418, KG. in ROLG 7, S. 318. Auch die Provisionsansprüche sind fortlaufende Bezüge im Sinne des § 832 der ZPO., so daß sich die Pfändung auch auf die erst künftig fällig werdenden Beträge erstreckt (KG. in OLG. 7, S. 318).

[7]) Staub § 59, Anm. 47, Düringer-Hachenburg S. 412.

fikation und Spesen. Von letzteren sind jedoch nach § 3 Abs. 2 in analoger Anwendung der Bestimmung, daß dann, wenn die Vergütung in ungetrennter Summe mit Auslagen verbunden ist, der Betrag übrig bleibt, der nach Abzug der Auslagen in Frage kommt, die Auslagen, die dazu dienen, den durch die Reise verursachten Mehraufwand zu decken, abzuziehen.[8]) Als Vergütung im Sinne des § 3 des LBG. sind auch die Ansprüche aus der Zeit nach der ungerechtfertigten Entlassuug und die dem Handlungsgehülfen nach § 70 Abs. 2 HGB. oder §§ 615, 616 BGB. zustehenden Ansprüche anzusehen.[9]) Man hat nicht nötig, mit Staub dies damit zu begründen, daß nach § 249 BGB. der Zweck des Schadenersatzes die möglichste Herstellung des früheren Zustands ist, es rechtfertigt sich obige Annahme vielmehr schon aus der weitgehenden Legaldefinition der Vergütung „jeder Vermögensvorteil".[10])

In demselben Umfange, in dem die Vergütung des Handlungsgehülfen unpfändbar ist, ist sie auch seiner Verfügungsgewalt entzogen. Nach § 2 Abs. 2 des LBG. ist insoweit jede Verfügung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung. Als Verfügungen sind Rechtshandlungen anzusehen, die unmittelbar auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtet sind.[11]) Es ist damit allen ein- und zweiseitigen Rechtsgeschäften des Handlungsgehülfen, gleichviel ob sie eine Umgehung des gesetzlichen Pfändungsverbotes bezwecken oder nicht, im Umfange des § 1 des LBG. die rechtliche Wirksamkeit entzogen. Außer den in § 2 Abs. 2 des LBG. namentlich aufgeführten Verfügungen sind auch ungültig Schenkungen, Er-

---

[8]) Düringer-Hachenburg a. a. O., OLG. Hamburg in ROLG. 6, S. 139, OLG. Karlsruhe in ROLG. 6, S. 141, OLG. Hamburg in Seuffert's Archiv 63, S. 167.

[9]) Staub a. a. O., Goldmann S. 292, OLG. Kiel in ROLG 7, S. 320, OLG. Dresden in ROLG. 16, S. 310. Anderer Meinung Gaupp-Stein zu § 850, II a.

[10]) Meyer S. 58.

[11]) Ähnlich Sinzheimer S. 17. Auch die obligatorischen Geschäfte mit darunter zu verstehen, wie Meyer S. 47 dies tut, liegt keine Veranlassung vor.

lasse,[12]) Abreden über Lohneinbehaltungen und Lohnverwirkungen. Hinsichtlich der Lohneinbehaltungen und Lohnverwirkungen besteht Streit. Unter Lohneinhaltungen versteht man die Vereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen, nach der ein Teil des Gehalts zunächst nicht ausgezahlt und meist zum Vorteile des Arbeitgebers z. B. zu Kautionszwecken, zur Sicherung auf Zahlung einer Vertragsstrafe oder auf Schadenersatz zurückbehalten wird. Eine derartige Lohneinbehaltungsabrede ist als Lohnverpfändung anzusehen und daher nichtig.[13]) Mit Lohnverwirkung bezeichnet man die Vereinbarung, daß die sich aus dem Arbeitsvertrage ergebende Lohnforderung beim Eintritt gewisser näher bezeichneter Ereignisse, z. B. vertragswidriger Handlungen der Angestellten hinfällig wird oder sich mindern soll. Eine derartige Vereinbarung ist rechtlich ein bedingter Erlaßvertrag und demnach im Umfange des § 1 LBG. ungültig.[14])

Auch die Aufrechnung des Handlungsgehülfen mit der Lohnforderung ist eine Verfügung im Sinne des § 2 und daher im Umfange des § 1 LBG. unzulässig, mag sie vereinbart sein oder nicht. Schließt der Prinzipal mit dem Handlungsgehülfen einen Aufrechnungsvertrag, so liegt ebenfalls eine Verfügung des Handlungsgehülfen vor. Dagegen enthält die einseitige Aufrechnung des Prinzipals gegen die Lohnforderung keine Verfügung über diese, ganz abgesehen davon, daß in Abs. 2 des § 2 LBG. nur Verfügungen des Angestellten gemeint sind.[15]) Diese Aufrechnung ist aber nach § 394 BGB. unzulässig, insoweit, als die Pfändung untersagt ist, also im

[12]) Sinzheimer a. a. O.

[13]) Siehe die ausführlichen Darlegungen von Sinzheimer S. 97 f. und Meyer in Bl. f. Rpfl. 02, S. 20, anderer Ansicht Sigel S. 126 f., v. Landmann S. 155, die eine Aufrechnung gegen Lohn, den der Angestellte über den Zahlungstag hinaus zufolge einer Lohneinbehaltungsabrede hat stehen lassen, für zulässig erachten.

[14]) Sinzheimer S. 109 f., Meyer S. 48, anderer Ansicht v. Landmann S. 322, Lotmar S. 452 f. Sigel S. 137 f. namentlich S. 143 erklärt die Lohnverwirkung für einen bedingten Aufrechnungsvertrag und als solchen in dem oben angegebenen Umfange für nichtig.

[15]) Meyer S. 74.

vollen Umfange des § 1 LBG. Der Prinzipal muß dem Handlungsgehülfen demnach das Gehalt, soweit es innerhalb der unpfändbaren Grenze liegt, voll auszahlen, auch wenn er aus demselben oder anderen Rechtsverhältnissen Gegenforderungen hat, auch wenn der Handlungsgehülfe unerlaubte Spesen verbraucht hat, ja selbst bei Diebstahl und Unterschlagungen des Handlungsgehülfen.[16]) Düringer-Hachenburg[17]) nehmen an, daß gegen eine unerlaubte Handlung in diesem Falle Aufrechnung zulässig sei, indem sie folgern: In den Fällen, in denen die Aufrechnung unbeschränkt zulässig sei, sei sie nach § 393 BGB. nur gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung unzulässig, demnach müßte sie hier, wo sie an sich unzulässig sei, gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zulässig sein. Das Gesetz bietet jedoch für eine derartige kühne Schlußfolgerung gar keinen Anhalt. Es will vielmehr das Gegenteil von dem, was hier logisch konstruiert wird, nämlich beiderseitige Barzahlung.[18]) Es ist ja zuzugeben, daß die strikte Durchführung dieser Bestimmung oft zu sehr unbilligen Resultaten führt, es ist aber nicht angängig, der Billigkeit durch falsche Auslegung des Gesetzes zum Siege zu verhelfen.[19])

Meist wird versucht, die Härte dieser gesetzlichen Bestimmung dadurch zu mildern, daß man zwar Aufrechnung für unzulässig erklärt, dagegen das Zurückbehaltungsrecht für zulässig hält.[20]) Doch

---

[16]) Horrwitz S. 83, RG. 55, S. 1, Meyer a. a. O., Sinzheimer a. a. O., Auch Gehaltsabzüge wegen früher zuviel gezahlten Gehalts sind unzulässig. Gew. G. Berlin bei Schulz und Schalhorn S. 200—202, Urteil des Gew. G. Kiel im Gew. G. 9, S. 120.

[17]) S. 414. Wie Düringer-Hachenburg Gew. G. Berlin im R. Arb. Bl. 07, S. 809.

[18]) Meyer S. 53, Sinzheimer S. 54.

[19]) Ebenso Horrwitz S. 84, Sinzheimer S. 57.

[20]) So Staub § 59, Anm. 47, Planck S. 65, Oertmann, § 273, Anm. 4 und die dort angeführte Literatur, Pappenheimer in D. J. Z. 02, S. 86 f., LG. Liegnitz in Gew. u. Kfm. G. 13, S. 221, Meyer S. 55, sowie zumeist die Rechtsprechung der OLGerichte, so OLG. Köln in NOLG. 5, S. 456, KG. ebenda 6, S. 423, Kiel ebenda 6, S. 225, Rostock in D. J. Z. 02, S. 488.

auch das ist nicht angängig.[21]) Richtig ist allerdings, daß die Zurückbehaltung ebensowenig wie die einseitige Aufrechnung des Prinzipals eine Verfügung über die Lohnforderung ist.[22])

Es mag auch Pappenheimer[23]) und dem OLG. Köln[24]) recht gegeben werden, daß der Gesetzgeber bei den Worten des § 273 BGB. „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt" nicht an § 394 BGB. gedacht hat. Richtig ist es auch, daß das Zurückbehaltungsrecht juristisch etwas anderes ist, als die Aufrechnung. Im praktischen Erfolge, wirtschaftlich wird aber durch das Zurückbehaltungsrecht dasselbe erreicht wie durch die Aufrechnung. Praktisch erhält der Handlungsgehülfe sein Gehalt nicht, trotzdem es verdient und fällig ist und wird es nie erhalten.[25]) Die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts würde den § 394 BGB. ad absurdum führen, es wäre dies demnach nur ein Ausweg, eine allerdings nicht ganz glückliche Bestimmung des Gesetzes zu umgehen. Das kann aber nicht gewollt sein.[26])[27])

---

[21]) Ebenso Horrwitz S. 84, Sinzheimer S. 77 f. Derselbe im Recht 03, S. 426, Reichert in Gew. u. Kfm. G. 13, S. 222, Sigel S. 110 f., Lotmar S. 430, Goldmann S. 292, Düringer-Hachenburg S. 413 und die Rechtsprechung der meisten Gewerbegerichte, so Kfm. G. Berlin in v. Schulz S. 281.

[22]) RG. 41, S. 54.

[23]) In D. J. Z. 02, S. 86 f.

[24]) ROLG 5, S. 456.

[25]) Sinzheimer S. 89.

[26]) Siehe Sinzheimer a. a. O., Sigel S. 111 f., Lotmar S. 430.

[27]) Zu demselben Resultate kommt Auerswald in D. J. Z. 09, S. 630 f., allerdings auf anderem, meines Erachtens nicht gangbaren Wege. Er lehnt einen Analogieschluß von der Kompensation auf die Retention ab, da beide Institute rechtlich verschiedene Gebilde seien, obwohl er selbst im Anfange seiner Ausführungen zugibt, daß die Wirkung beider Rechtsbehelfe in dem hier in Frage kommenden Falle ganz dieselbe ist. Er folgert die Unzulässigkeit der Zurückbehaltungseinrede gegenüber der unpfändbaren Lohnforderung aus folgendem: Im Gesetze seien in den §§ 273 Abs. 2, 175, 556 Abs. 2, 581 Abs. 2 Fälle aufgezählt, in denen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen sei. Wenn neben diesem ausdrücklichen Zurückbehaltungsverboten § 273 Abs. 1 sage, daß das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sei, wenn sich aus demselben Schuldverhältnisse etwas anderes ergebe, so sei diese Bestimmung

Dagegen sind Abzüge wegen erhaltener Gehaltsvorschüsse statthaft, es sei denn, daß sie in der Form von Darlehen gegeben sind. Die Lohnvorschüsse sind nur Zahlungen des Gehalts vor Fälligkeit mit der Wirkung, daß die Gehaltsforderung nach Höhe des gezahlten Vorschusses erlischt oder gar nicht zur Entstehung gelangt. Eine Aufrechnung kommt hier nicht in Frage.[28])

---

eine clausula generalis, unter die auch das Zurückbehaltungsrecht gegenüber der unpfändbaren Lohnforderung falle. Diese ergebe sich vor allem aus § 556 Abs. 2. Hier trete das Moment der Dringlichkeit klar zutage. Da aber die Bezahlung der unpfändbaren Lohnforderung auch äußerst dringlich sei und gleicher Grund gleiche Folge haben müßte, ergebe sich daraus per analogiam unter Zuhilfenahme der Generalklausel in § 273 BGB. die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der unpfändbaren Lohnforderung. Meines Erachtens ist diese Begründung vollkommen unhaltbar. Zunächst ist in § 556 Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht des Mieters an dem Grundstücke gar nicht deswegen ausgeschlossen worden, weil der Anspruch des Vermieters auf Übergabe der Mieträume besonders dringlich sei, sondern, weil die Gegenansprüche des Mieters in keinem Verhältnisse zu der Tragweite eines Zurückbehaltungsrechts an dem Grundstücke stehen und ein derartiges Zurückbehaltungsrecht sehr leicht schikanös ausgebeutet werden könnte. Aber selbst wenn das Moment der Dringlichkeit für die Bestimmung in § 556 Abs. 2 maßgebend gewesen sein sollte, so würde das für die hier zur Beurteilung stehende Frage doch ohne Bedeutung sein. Mit derartigen Schlagworten wie „wo gleicher Grund, da gleiche Folge" kann doch der Umstand, daß hier im Gegensatze zum Zurückbehaltungsrechte des Mieters an Grundstücken eine positive Gesetzesbestimmung fehlt, nicht aus der Welt geschafft werden. Eher könnte man dann e contrario schließen, daß das Zurückbehaltungsrecht hier möglich sei, da der Gesetzgeber selbst bei den „dringlichsten" Ansprüchen wie in § 556 Abs. 2 dann, wenn er es ausschließen wollte, ausdrücklich gesetzliche Bestimmungen getroffen hat.

[28]) Gew. G. 6, S. 170, Soz. Prax. 10, S. 844, v. Schulz in v. Schulz und Schalhorn S. 17, Gew. G. Berlin ebenda, S. 203.

IV.

Das Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehülfen wegen fälliger Vergütung.

Inwieweit der Handlungsgehülfe dann, wenn er einen fälligen Anspruch gegen den Prinzipal auf Zahlung von Vergütung hat, die Herausgabe dessen verweigern kann, was ihm vom Prinzipal zum Zwecke der Ausführung der Geschäfte übergeben worden ist, ist bestritten.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. steht dem Handlungsgehülfen zweifellos nicht zu, da er kein Kaufmann ist, zwischen ihm und dem Prinzipal kein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt und die Gegenstände nicht auf Grund eines Geschäftes in seinen Besitz gelangt sind.[1]) Auch § 1000 BGB., nach dem der Besitzer die Herausgabe der Sachen verweigern darf, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird, greift nicht ein, da der Handlungsgehülfe nicht Besitzer der Gegenstände des Prinzipals ist. Er übt die tatsächliche Gewalt über die Sachen des Prinzipals in dessen Erwerbsgeschäfte derart aus, daß er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Prinzipals Folge zu leisten hat, ist also nach § 855 BGB. nur Besitzdiener und nicht Besitzer.[2])

Auch aus § 320 BGB. kann der Handlungsgehülfe, ganz abgesehen davon, daß er zur Vorleistung verpflichtet ist, ein etwaiges Recht zur Zurückbehaltung der Gegenstände des Prinzipals nicht folgern. Nach diesen Bestimmungen kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Die hier in Betracht kommende, dem Handlungsgehülfen obliegende Leistung, die er verweigern darf, ist aber nur die aus dem Vertrage als solchem

---

[1]) Horrwitz S. 79, OLG. Colmar in ROLG. 6, S. 350.

[2]) Makower S. 294.

fließende Hauptleistung, also die Leistung der Dienste, nicht jede sich gelegentlich der Ausübung dieser Hauptleistung ergebende Nebenleistung.[3]) Der Handlungsgehülfe kann also, wenn der Prinzipal mit Zahlung der Vergütung im Rückstande ist, seine Tätigkeit einstellen, nicht aber, wenigstens nicht nach § 320 BGB. Herausgabe der ihm anvertrauten Sachen verweigern.

Anders ist das nach § 273 BGB. gegebene Zurückbehaltungsrecht zu beurteilen. Hier kommt es nicht darauf an, ob sich zwei aus einem Vertrage ergebende Hauptleistungen gegenüberstehen, hier ist nur erforderlich, daß Leistung und Gegenleistung (die auch eine Nebenleistung sein kann) aus einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnisse entspringen.[4]) Dies ist bei den hier in Frage kommenden Leistungen: Zahlung der Vergütung und Herausgabe von Gegenständen, die der Handlungsgehülfe auf Grund des Dienstvertrages erlangt hat, der Fall. Beide Leistungen entspringen aus dem Dienstvertrage. Auch der Umstand steht der Anwendung des § 273 BGB. nicht entgegen, daß der Handlungsgehülfe nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener ist. Die Denkschrift[5]) und Goldmann,[6]) ebenso Lehmann[7]) und Fuld[8]) sind allerdings gegenteiliger Ansicht, jedoch zu Unrecht. In § 273 BGB ist nirgends davon die Rede, daß der Zurückbehaltende Besitzer sein müsse. Aus der Natur der Sache ergibt sich allerdings, daß derjenige, der eine Sache zurückhalten will, in gewisser körperlicher Beziehung zu der Sache stehen muß, hierzu genügt aber die Besitzdienereigenschaft. Daraus, daß der Besitzdiener an sich den Weisungen des Prinzipals hinsichtlich der Sache Folge zu leisten hat, folgt noch nicht, daß ihm nicht doch das Recht zustehen kann, den gegebenen Weisungen

[3]) Ebenso Düringer-Hachenburg S. 408, Horrwitz S. 79, Anm. 2, anders Makower S. 194. Wenn Makower sich für seine Ansicht auf Düringer-Hachenburg bezieht, so geht er fehl. Düringer-Hachenburg sind anderer Ansicht.

[4]) RG. 57, S. 1.

[5]) S. 60.

[6]) S. 290.

[7]) S. 198.

[8]) S. 35.

im besonderen Falle entgegenzuhandeln. Man denke zum Beispiel daran, daß jemand im Theater dem neben ihm Sitzenden seinen Operngucker gibt. Der Empfänger ist dann Besitzdiener. Trotzdem wird man ihm, wenn er sich ohne sein Verschulden an einem an dem Operngucker hervorstehenden Nagel den Rock zerreißt, nicht das Recht absprechen können, an dem Operngucker das Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Die Besitzdienerschaft an sich steht also dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. nicht entgegen. Wohl aber wird man mit Staub,[9]) entgegen der Ansicht von Düringer-Hachenburg[10]) und Makower[11] annehmen müssen, daß der in der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts liegende Druck dem Unterordnungsverhältnis, das zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen besteht, nicht entspricht, der Handlungsgehülfe das Zurückbehaltungsrecht demnach nicht ausüben darf, da sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt. (§ 273 BGB.) Es ist zwar richtig, wenn Horrwitz a. a. O. sagt, daß ein Prinzipal, der mit der Gehaltszahlung im Rückstande bleibt, von seiten des Handlungsgehülfen nicht allzuviel Schonung verdient, trotzdem muß aber das Autoritätsverhältnis solange respektiert werden als der Anstellungsvertrag besteht, und das würde ganz erheblich leiden, wenn der Handlungsgehülfe das Recht hätte, entgegen der ausdrücklichen Weisung des Prinzipals eine Sache zurückzubehalten in der ausgesprochenen Absicht, eine Handlung seines Prinzipals zu erzwingen. Es würden dadurch geradezu die Machtverhältnisse auf den Kopf gestellt werden. Der Handlungsgehülfe wäre der Herr und der Prinzipal in seiner Gewalt und von seiner Willkür abhängig. Horrwitz hat demnach Unrecht, wenn er sagt, daß das Recht, da rein vermögensrechtlicher Natur, von der Stellung des Gehülfen zum Prinzipal nicht beeinflußt werden könne. Wenn das Recht an sich auch ein vermögensrechtliches ist, greift es in seiner Wirkung

[9]) § 59, Anm. 45.

[10]) S. 407 f.

[11]) S. 154. Wie Makower S. 79, Horrwitz S. 79, Lehman-Ring S. 155 und Liebrecht in v. Schulz S. 171, im Resultat wie oben, allerdings mit anderer Begründung, Sigel S. 102.

doch tief in das persönliche Verhältnis der Parteien ein. Auch ist es nicht richtig, wenn Horrwitz a. a. O. behauptet, daß der Druck der Klageandrohung ein viel stärkerer sei. Was das Zurückbehaltungsrecht als unzulässig erscheinen läßt, ist der Umstand, daß der Prinzipal hier auf indirektem Wege und noch dazu durch Verweigerung des Gehorsams gezwungen werden soll. Dieses Moment fehlt bei der Klage. Wenn man dem Handlungsgehülfen das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB. während des Dienstverhältnisses nicht zubilligt, geschieht ihm auch kein Unrecht. Er kann ja seine Dienste einstellen oder Klage auf Zahlung erheben, auch, falls die Vermögensverhältnisse des Prinzipals sehr schlechte sind, eine einstweilige Verfügung ausbringen.

Nach Ablauf des Dienstverhältnisses steht dem Handlungsgehülfen das Zurückbehaltungsrecht zu, da dann die oben angeführten Gründe nicht entgegenstehen.

Das in § 273, Abs. 2 fixierte Zurückbehaltungsrecht hat der Handlungsgehülfe auch bei bestehendem Dienstverhältnisse, denn hier ist nicht bestimmt, daß dieses Zurückbehaltungsrecht nicht besteht, wenn sich aus dem Schuldverhältnisse etwas anderes ergibt. Danach kann er die Herausgabe eines Gegenstandes verweigern, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, so Transport- und Zollauslagen für Musterkoffer.[12])

V.

Die Verjährung des Anspruchs auf die Vergütung.

Sämtliche oben näher ausgeführten Ansprüche des Handlungsgehülfen auf die Vergütung, also auch auf die Tantieme und Provision einschließlich der Auslagen verjähren nach § 196 Ziffer 8 BGB. in zwei Jahren, und zwar beginnt die Verjährungsfrist nach § 201 BGB. mit dem Schlusse des Jahres, in dem der Anspruch

[12]) OLG. Colmar in ROLG. 6, S. 351.

nach den näheren Bestimmungen in § 198 bis 200 BGB. fällig wird. Die Verjährung des Provisionsanspruches beginnt nach diesen Vorschriften erst mit dem Schlusse des Jahres, in dem das Geschäft ausgeführt wurde. Diese kurze Verjährung ergreift auch diejenige Provision und Tantieme, die erst für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu bezahlen ist.[1])

Auch die Ansprüche des Prinzipals wegen gewährter Vorschüsse verjähren nach § 196 Ziffer 8 BGB. in zwei Jahren.

---

[1]) Horrwitz S. 80, RG. vom 10. November 88 in Gruchot 35, S. 28.

Anhang.

Die Vergütung des Handlungsgehülfen im Konkurse des Prinzipals.

Nach § 61 Ziffer 1 der KO. werden für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständige Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, die sich dem Gemeinschuldner für dessen Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen hatten, zwar als Konkursforderung, aber an erster Stelle berichtigt. Hierher gehören alle dem Handlungsgehülfen als Vergütung aus dem Dienstverhältnisse zustehenden Ansprüche, also auch die Gratifikation, soweit sie als Teil der Vergütung und nicht als Schenkung anzusehen ist und die Spesen, soweit sie nicht Ersatzforderungen sind[1]) und zwar alle Forderungen, die in dem letzten Jahre entstanden sind, ohne daß es darauf ankommt, wann sie fällig geworden sind.[2]) Auch Schadensersatzforderungen, die dem Handlungsgehülfen aus ungerechtfertigter Entlassung oder infolge einer durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals veranlaßten Kündigung für den obigen Zeitraum entstanden sind, sind hierher zu rechnen.[3]) Insoweit, als es sich um die dem Handlungsgehülfen für eine frühere Zeit zustehende Vergütung handelt, ist die Forderung eine einfache Konkursforderung.[4]) Die Ansprüche an Vergütung für Dienste,

---

[1]) Ebenso Goldmann S. 291, Jäger S. 497.

[2]) RG. 22, S. 142.

[3]) Ebenso Goldmann a. a. O., Jäger S. 498.

[4]) Jäger a. a. O.

die nach der Konkurseröffnung geleistet sind, sind Masseschulden nach § 59, Ziffer 2 KO. Ebenso ist der Anspruch auf Gehalts- und Provisionsausfall vom Tage der Konkurseröffnung bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist Masseschuld nach § 59 Ziffer 2 KO.[5])

Macht der Verwalter von dem ihm nach § 22 Abs. 2 KO. zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch, so steht dem Handlungsgehülfen auch noch eine Schadensersatzforderung zu, die nur einfache Konkursforderung ist (§ 22 Abs. 2, § 26 Satz 2 KO.)[6]), kündigt dagegen der Handlungsgehülfe, so steht ihm eine Schadensersatzforderung nicht zu.

---

[5]) Düringer-Hachenburg S. 442, RG. 55, S. 267, OLG. Karlsruhe in ROLG. 11, S. 370, LG. Hamburg in Gew. u. Kfm. G. 12, S. 89.

[6]) Jäger S. 186.